Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt in seiner rechtlichen Bedeutung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Landesuniversität Rostock

vorgelegt von

Günther Schubert

aus Berlin.

Tag der Promotion: 14. Mai 1927.

1927.

Druckerei des Studentenwerks Berlin, e.V., Berlin N 24, Johannisstr. 1.

BERLIN

Referent: Professor Dr. Feine.

Meinen lieben Eltern in Dankbarkeit gewidmet.

Literaturverzeichnis.

Anthes. Zur Frage des Eigentumsvorbehaltes an Maschinen, Rostocker Diss., Wiesbaden 1918.

Aubele. Kommentar zum Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, Mainz 1911.

Bade. Ueber Bedeutung und Wirksamkeit des sogenannten pactum reservati dominii, Diss., Rostock 1899.

Bernstein. Deutsche Juristen-Zeitung 1926, S. 735 ff.

Bierhaus. Der Eigentumsvorbehalt an Maschinen, die in einem Fabrikgrundstück aufgestellt sind, Rostocker Diss., Stendal 1909.

Biermann. Bürgerliches Recht, I. Bd. Berlin 1908, 3. Buch 1914.

Biesenbach. Der Eigentumsvorbehalt beim Abzahlungsgeschäft in „Recht und Handel", Dezember 1925.

Brecht. Bedingung und Anwartschaft in Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes, Bd. 61, (2. Folge, 25. Bd.), Jena 1912.

Cohen. Die geschichtliche Entwicklung des Eigentumsvorbehaltes in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 21. Bd., Wien 1894.

Cosack. Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, I. Bd. 7. Aufl., Jena 1922, II. Bd. 7., 8. Aufl. Jena 1924 (Cosack-Mitteis)

Crome. System des deutschen bürgerlichen Rechtes, I. Bd. Tübingen und Leipzig 1900, II. Bd. 1902.

Dahn. Westgothische Studien, Würzburg 1874.

Dernburg. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, I. Bd., Halle a. S. 1902.

— Pandekten, I. Bd. 7. Aufl. Berlin 1902, II. Bd., Berlin 1903.

Duncker. Ueber das pactum reservati dominii im Rheinischen Museum für Jurisprudenz, V. Bd., Göttingen 1833.

Eigentumsvorbehalt an Maschinen. Zur Wahrung der Interessen der deutschen Maschinenindustrie, herausgegeben von der Redaktion des „Vulkan".

Eitzen. Das Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 unter Geltung des bürgerlichen Gesetzbuches, Diss., Heidelberg 1909.

Emmerich. Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1909.

Endemann. Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, I. Bd. 9. Auflage, Berlin 1903, II. Bd. 1. Abteilung 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff. Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 1. Bd. 1. Abt., Marburg 1924, 22.—24. Aufl., 2. Abt. 1923, 18.—22, Aufl., II. Bd. 1. Abt. 1923, 15.—19. Aufl.

Flechtheim. Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt in der Juristischen Wochenschrift 1911, S. 521 ff.

Förster-Eccius. Theorie und Praxis des heutigen gemeinen Preußischen Privatrechtes, II. Bd. 5. Auflage, Berlin 1887.

Förster-Kann. Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, II. Bd., Berlin 1926.
Francke. Eigentumvorbehalt und Pfändung in Buschs Zeitschrift für Zivilprozeßrecht, Bd. 40, Heft 1, Berlin 1910.
— In den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Bd. 54, neue Folge 34. Bd., Jena 1907.
Frank, Alfons. Die Maschinenindustrie und ihre Gefährdung durch die Rechtsprechung, Freiburg 1907.
Frank, Reinhard. Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 16. Aufl. Tübingen 1925.
Frantz. Eigentumsvorbehalt und wesentlicher Bestandteil mit Rücksicht auf die Maschinenindustrie, Mannheim 1907.
Fußhöller. Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf unter besonderer Berücksichtigung des Kaufes auf Abzahlung, Diss., Köln 1914.
Gaupp-Stein-Jonas. Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, II. Bd. Tübingen 1926.
Geiler. Deutsche Juristen-Zeitung 1904, S. 543 ff.
— Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1921, S. 543 ff.
Geisler. Juristische Wochenschrift S. 521 ff.
Gillmann-Jonas. Auf Abzahlung. Recht und Organisation im Abzahlungsverkehr, Leipzig 1926.
Hachenburg. Deutsche Juristen-Zeitung 1926, S. 425 f.
Heckelmann. Leipziger Zeitschritf für deutsches Recht (L. Z.) 1915, S. 1429 ff.
Hübner. Grundzüge des deutschen Privatrechts, 4. Aufl. Leipzig, Erlangen 1922.
Immerwahr. Die Pfändung der eigenen Sache im Fall des Möbelleihkontraktes, D.J.Z. 1905, S. 597 f.
Jaeger. Kommentar zur Konkursordnung, I. Bd., 5. Auflage, Berlin 1916.
Karff. Vermieterpfandrecht an unter Eigentumsvorbehalt erworbenen Sachen, Diss., Rostock 1922.
Kaufmann. Zwangsvollstreckung und Eigentumsvorbehalt in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes, 53. Jahrg. 1909.
Kirchner. Deutsche Juristen-Zeitung 1909, S. 375.
Kleinfeller. Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, 3. Auflage, Berlin 1925.
Kohler. Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, I. und II. Bd., Berlin 1906.
Krückmann. Wesentlicher Bestandteil und Eigentumsvorbehalt. Ein Rechtsgutachten, Leipzig 1906.
— Juristische Wochenschrift 1906, S. 673 ff.
Kunze. Der Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB., Diss., Leipzig 1913.
Lazarus. Das Recht des Abzahlungsgeschäftes nach geltendem Recht und nach dem BGB., Berlin 1898.
Lenel. Deutsche Juristen-Zeitung 1906, S. 50 ff. und 1907, S. 509 ff.
Leonhardt. Zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigentum, Hannover 1843.
Lilienfeld. Der Eigentumsvorbehalt beim Verkauf einer beweglichen Sache, Straßburger Diss., Saargemünd 1912.
v. Liszt. Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, Berlin u. Leipzig 1922. 24. Auflage.
Meinerts. Die Abzahlungsgeschäfte nach dem Reichsgesetz vom 16. Mai 1894 und ihre juristische Konstruktion, Diss., Borna-Leipzig 1908.
Memelsdorff. Die Bedeutung des Eigentumsvorbehaltes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss., Halle 1922.
Meyerstein. Jurist. Wochenschrift 1926, S. 529 f.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, 2 und 3, amtliche Ausgabe, Berlin 1896.

Neumann. Juristische Wochenschrift 1907, S. 98 ff. und seine Replik, daselbst S. 196 ff.
Niedner. Deutsche Juristen-Zeitung 1907, S. 569 ff.
Nissen. Juristische Wochenschrift 1907, S. 193 ff.
Nöll. Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf mit besonderer Berücksichtigung des Abzahlungskaufes, Diss., Breslau 1922.
Oertmann. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Buch, 3. Auflage, Berlin 1926, 2. Buch, Berlin 1910.
— Die Rechtsbedingung (conditio iuris), Leipzig, Erlangen 1924.
Ohlshausen. Kommentar zum Strafgesetzbuch, II. Bd., Berlin 1906.
Pfaff-Krainz-Ehrenzweig. System des allgemeinen österreichischen Privatrechtes, II. Bd. 1. Hälfte, Wien 1920. I. Bd. 2. Hälfte, Wien 1923.
Planck. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 2, 1. Lieferung, 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1923, III. Bd. 1920.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, Berlin 1898.
Raape. In der Deutschen Juristen-Zeitung 1908, S. 133 f.
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen, zitiert R.G.E. Bd. 7, S. 150; Bd. 18, S. 391; Bd. 49, S. 170; Bd. 50, S. 241; Bd. 54, S. 396; Bd. 60, S. 73; Bd. 61, S. 430; Bd. 62, S. 406; Bd. 64, S. 204, 334; Bd. 66, S. 344; Bd. 67, S. 30, 312; Bd. 69, S. 118, 197, 421; Bd. 79, S. 242; Bd. 85, S. 320, 403; Bd. 95, S. 106; Bd. 63, S. 171, 416. Ferner die Entscheidungen in J.W. 1906, S. 417; 1907, S. 128, 242; 1908, S. 323; 1911, S. 532. Im „Recht" (Soergel) 1907, S. 242, 1060. Bei Gruchot, Bd. 52, S. 913.
Reichsgerichtsentscheidungen in Strafsachen, zitiert RGEStr. Bd. II, S. 22, 132; Bd. 24, S. 274; Bd. 26, S. 230; Bd. 60, S. 275.
Reichgerichtsrätekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, zitiert RGR-K. I. und III. Bd., 5. Auflage, Leipzig 1923.
Reichsgerichtsrätekommentar zum Strafgesetzbuch (Ebermayer-Lobe-Rosenberg), zitiert RGR-KStr., Leipzig 1922.
Römer. Der Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Käufers in der Zeitschrift „Rundschau für G.m.b.H.", herausgegeben von Schmidt, Nr. 5, Mai 1926.
Salinger. Deutsche Juristen-Zeitung 1926, S. 633 ff.
Samter. Kommentar zum Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, Berlin 1911.
Schauer. Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1911, S. 46.
Scherer. Deutsche Juristen-Zeitung 1900, S. 203.
Schmidt. Die Wirksamkeit des nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehaltes, Diss., Greifswald 1913.
Schmitt. Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, München 1894.
Schulz. Deutsche Juristen-Zeitung 1908, S. 960 f.
v. Schwerin. Grundzüge des deutschen Privatrechts, Berlin und Leipzig 1919.
Semeka. Das Warterecht, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 35, Heft 1, Berlin 1910.
Siecke. Deutsche Juristen-Zeitung 1908, S. 946 ff.
Simmet. Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes nach Uebereignung der Kaufsache, J.W. 1911, S. 705 ff.
Sintenis. Das praktische gemeine Zivilrecht, I. Bd. 3. Auflage, Leipzig 1868.
Staub. Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II. Bd., Berlin und Leipzig 1921.
v. Staudinger. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Bd. 9. Auflage, München, Berlin und Leipzig 1925, II. Bd. 1912, III. Bd. 1926.

Stein. Grundriß des Zivilprozeßrechtes und des Konkursrechtes, 2. Auflage, bearbeitet von Juncker, Tübingen 1924.
Stier-Somlo-Elster. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1. Lieferung Bd. I, Bogen 1—10, 2. Lieferung Bd. I, Bogen 11—19, 3. und 4. Lieferung, Bd. I, Bogen 20—35.
Stobbe-Lehmann. Handbuch des deutschen Privatrechtes, II. Bd., I. Halbbd., 3. Auflage, Berlin 1896.
Stradal. Zur Auslegung des § 10 der 3. Teilnovelle zum ABGB. in der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung, 1916, Nr. 29.
Thorsch. Das pactum reservati dominii, Straßburg 1875.
v. Tuhr. Bürgerliches Recht (allgemeiner Teil), Berlin 1923.
v. Vangerow. Lehrbuch der Pandekten, I. Bd., 7. Auflage, Marburg und Leipzig 1876.
Wachenfeld. Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, München 1914.
Wagner. Im „Recht" 1908, S. 665 ff.
Walsmann. Der Verzicht, Leipzig 1912.
Wedemeyer. Deutsche Juristen-Zeitung 1908, S. 297 f.
Windscheid-Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechtes, I. Bd. 8. Auflage, und II. Band., Frankfurt a. Main 1900.
Wolff. Sachenrecht, Marburg 1923, siehe unter Enneccerus.
Zelter. Juristische Wochenschrift 1907, S. 195 ff.
Zitelmann. Internationales Privatrecht, II. Bd., Leipzig 1903.

Einleitung.

Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt hat in der Literatur fast auf allen Gebieten unseres positiven Rechtes eine zahlreiche Bearbeitung gefunden. Das erklärt sich wohl daraus, daß dieses Rechtsinstitut einerseits für den Juristen viel Interessantes bietet, und daß andererseits vor allem weite Volkskreise stets mit ihm in unmittelbare Berührung gekommen sind und gerade jetzt wieder in stärkstem Maße in Berührung kommen. Man kann sagen, daß diese Frage von der Zeit an, da sie zum ersten Mal im deutschen Rechtsleben eine Rolle spielte, fast ununterbrochen in ihren vielseitigen Beziehungen zu allen Rechtsgebieten betrachtet und erörtert worden ist. Trotz dieser umfangreichen Literatur fehlt es aber an einer übersichtlichen Zusammenstellung der wichtigsten, den Kauf unter Eigentumsvorbehalt betreffenden Fragen. Diesem Zweck zu dienen, ist die vorliegende Arbeit bestimmt. Um in dem Rahmen einer Dissertation zu bleiben, konnten nur die hauptsächlichsten und am meisten interessierenden Gebiete, auf denen der Kauf unter Eigentumsvorbehalt eine Rolle spielt, berührt werden, wie auch wissenschaftliche Streitfragen nur in dem Umfang behandelt worden sind, der durch eine Zusammenstellung in Form einer Dissertation geboten erscheint. Von ausländischen Rechten ist nur das österreichische Recht zu einem kurzen Vergleich herangezogen worden, einmal, weil nach den großen Umwälzungen des Jahres 1918 und der folgenden Jahre, sowie durch das — gerade in jüngster Zeit — wieder stärkere Hervortreten der Frage des Anschlusses an Deutschland Oesterreich ganz besonders interessiert, dann auch, weil das österreichische Recht inbezug auf den Eigentumsvorbehalt eine sehr bemerkenswerte Abweichung zeigt, die insofern für uns von Bedeutung ist, weil die Uebernahme der österreichischen Gesetzesbestimmung in unser deutsches Recht seit langem von vielen Kreisen gefordert wird.

Da jeder bestehende Rechtszustand nur aus seiner geschichtlichen Entwicklung voll verstanden werden kann, so soll auch die vorliegende Arbeit damit beginnen, daß nach einer kurzen Begriffsbestimmung die geschichtliche Entwicklung des heute so bedeutsamen Instituts des Eigentumsvorbehaltes dargestellt wird.

I. Abschnitt: **Bedeutung, geschichtliche Entwicklung und Geltung des Eigentumsvorbehaltes nach § 455 BGB. und dem Abzahlungsgesetz.**

§ 1.

Begriff, Wesen und Bedeutung des Eigentumsvorbehaltes.

Im Austauschverkehr eines jeden zivilisierten Volkes spielt das Institut des Kredites eine große Rolle. Wenn der Verkäufer die Ware zwar liefern, der Käufer sie aber nicht bezahlen kann, so muß eben der Verkäufer, will er trotzdem einen Austausch ermöglichen, dem Käufer den Kaufpreis kreditieren. Dieses Vertrauen des Verkäufers bedarf natürlich einer Sicherung. Für diesen Zweck könnten Pfandrecht und Sicherungsübereignung in Betracht kommen. Beiden stehen aber erhebliche Mängel entgegen, die sie als Sicherungsmittel der angegebenen Art untauglich erscheinen lassen. Das Pfandrecht verlangt Publizität. Nach § 1205 BGB. ist zur Entstehung eines gültigen Pfandrechtes stets erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Diese Wirkungen wollen aber in unserem Fall die Beteiligten nicht herbeiführen. Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt will und darf der Käufer die Kaufsache benutzen, ohne sofort den Kaufpreis bezahlen zu müssen, er will und kann sie aber nicht gleich wieder dem Verkäufer übergeben, damit auf diese Weise ein Pfandrecht entsteht und der Verkäufer für seine Kaufpreisforderung gesichert ist. Auch der Verkäufer, also der Gläubiger, hat an einem derartigen Pfandrecht kein Interesse, denn dessen Ausübung hätte den Ruin des Schuldners zur Folge. Man denke an das bekannte Beispiel der armen Näherin, die eine Nähmaschine unter Kreditierung des Kaufpreises erworben hat.

Die Sicherungsübereignung führt zwar im Ergebnis zu dem gewünschten Erfolg, ist aber für den praktischen Verkehr zu umständlich. In Betracht kommt hier die Bestimmung des § 930 BGB., der von dem sogenannten Besitzkonstitut (constitutum possessorium) handelt. Nun stelle man sich aber einmal die praktische Auswirkung dieser Bestimmung in unserem Fall vor. Der Käufer (Schuldner) müßte, um den Verkäufer (Gläu-

biger) sicherzustellen, diesem die eben gekaufte und dem Käufer bereits zu Eigentum übergebene Sache fiduziarisch übereignen und sie dann sofort von ihm zurückmieten oder zurückleihen. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß dieses Verfahren in der Tat viel zu umständlich und schwerfällig ist, um den Bedürfnissen des täglichen Lebens, insbesondere des praktischen, sich heute schneller denn je abspielenden Handelsverkehrs, gerecht werden zu können[1]).

So bleibt als einzige Lösung dieser Frage der beim Abschluß des Kaufes ausgesprochene, im BGB. besonders geregelte Vorbehalt des Eigentums übrig, d. h. also die beim Kaufabschluß getroffene Vereinbarung, wonach sich der Verkäufer das Eigentum an der dem Käufer bereits übergebenen Kaufsache vorbehält, bis der Käufer die letzte Rate des Kaufpreises bezahlt hat.

Die Bedeutung des Eigentumsvorbehaltes muß heute hoch eingeschätzt werden. Deutschland hat in den letzten Jahren nicht nur auf politischem, sondern auch auf wirtschaftlichem Gebiet große Umwälzungen erlebt, die eine völlige Umstellung des Handels zur Folge gehabt haben. So mancher Kaufmann, der vor dem Weltkrieg mit Entrüstung den Abschluß eines Raten- oder Abzahlungskaufes von sich gewiesen hätte, ist jetzt zufrieden, wenn er nur die Möglichkeit des Abschlusses derartiger Geschäfte bestehen sieht. Das gilt erst recht von der Partei des Käufers, man denke vor allem an die Beamten, Angestellten und Arbeiter. Man geht nicht fehl, wenn man sagt, daß heute in fast allen Zweigen unseres Wirtschaftslebens solche Geschäfte überwiegen, bei denen sich der Verkäufer das Eigentum vorbehalten hat. Der Konkurrenzkampf hat weit schärfere Formen angenommen als vor dem Weltkriege. Konnten frühere Verfasser schreiben, das Bedürfnis des Verbrauches sei dadurch gegeben, „daß in weitere Kreise des Arbeiterstandes ein starkes Selbstbewußtsein und ein Verlangen nach dem Aufstieg in höhere Gesellschaftsklassen eingedrungen war" und „es kam ihm (dem Kredithandel) das allgemeine Streben nach Wohlleben zu Hilfe, das den Erwerb vieler Waren wünschenswert erscheinen ließ"[2]), so muß man heute sagen, Krieg, Revolution und Inflation mit ihren Folgeerscheinungen der Not und der Verarmung selbst ganzer, ehemals wohlhabender Volks-

[1]) Die Bürgschaft als Personalkredit, an die man hier noch denken könnte, wird meist nicht in Betracht kommen, da der wirtschaftlich schwache Abzahlungskäufer nur schwer einen Bürgen finden dürfte. Außerdem hat auch die Bürgschaft gegen frühere Zeiten erheblich an Bedeutung verloren.

[2]) Vgl. Hein, Abzahlungsgesetz und Kredithäuser, Berlin 1910, S. 9, zit. bei Fußhöller, Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf unter besonderer Berücksichtigung des Kaufes unter Abzahlung. Diss., Köln 1914, S. 4. Vgl ferner Fußhöller a.a.O., S. 5 ff., Lilienfeld, Der Eigentumsvorbehalt beim Verkauf einer beweglichen Sache, Diss., Saargemünd 1912, S. 1.

schichten haben dem Kreditwesen Tür und Tor geöffnet. Nicht mehr unser stetig sich weiter entwickelndes Wirtschaftsleben, nicht mehr der Drang nach „oben", nicht mehr der Uebergang vom Agrar- zum Industriestaat mit seinen Auswirkungen ist heute der Anlaß zur Tätigung von Geschäften mit der Klausel des Eigentumsvorbehaltes, sondern der mit zäher Verbissenheit geführte Kampf um die Existenz, um das nackte Leben, ein Kampf, der hauptsächlich von dem verarmten Mittelstand geführt werden muß. Der Abzahlungsverkehr und damit der Eigentumsvorbehalt ist heute mehr denn je ein durchaus notwendiger Bestandteil unseres Wirtschaftslebens und auch unseres positiven Rechtes[3]). Kein Platz ist jedenfalls heute mehr für Bedenken, daß „aus dem ausgedehnten Gebrauch des Eigentumsvorbehaltes eine Verschleierung der Rechtsverhältnisse und eine Gefährdung der Verkehrssicherheit zu befürchten sei, da mit dem Besitz der Fahrnis regelmäßig das Eigentum verbunden sei (gemäß § 1006 BGB)".[3a]) Ebenso kann bei der großen Bedeutung des Eigentumsvorbehaltes der Einwand nicht mehr als stichhaltig bezeichnet werden, „der Eigentumsvorbehalt biete ein bequemes Mittel, um den vom Gesetz verfemten Rechtserfolg der Pfandbestellung ohne Uebergabe der Fahrnis, auf einem Umwege zu erreichen[4])" (vgl. §§ 1205, 1206 BGB).

Frei von Bedenken sind natürlich manche Gesetzesbestimmungen des BGB nicht, und mit demselben Recht müßte man dann auch § 930 BGB. beanstanden, der schließlich ebenfalls zu Verschleierungen Anlaß geben kann. Daß diese Paragraphen trotzdem vom Gesetzgeber in das BGB. aufgenommen worden sind, beweist nur ihre überragende wirtschaftliche Bedeutsamkeit. Beim Eigentumsvorbehalt darf man außerdem nicht unbeachtet lassen, daß manche seiner Schwächen durch das unten näher zu behandelnde Abzahlungsgesetz vom 16. Mai 1894 beseitigt bezw. gemildert worden ist.

---

[3]) Die Unentbehrlichkeit des Abzahlungsverkehrs erkennt schon Fußhöller i. J. 1914 an, a.a.O., S. 6.

[3a]) Das trifft an und für sich zwar zu, aber ohne den Eigentumsvorbehalt kommt man heute nicht mehr aus, vgl. hierzu auch den Schluß (C.) der Arbeit.

[4]) Vgl. hierzu Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, I. Bd., 9. Aufl., Berlin 1903, § 160 a, 1, 2, Anm. 20.

§ 2.

Geschichtliche Entwicklung.

Die eben geschilderte große Bedeutung des Eigentumsvorbehaltes in seiner heutigen Gestaltung kann nur voll erfaßt und gewürdigt werden, wenn man einen Blick auf die interessante Geschichte dieses Instituts wirft. Dabei muß gleich die bemerkenswerte Feststellung gemacht werden, daß der Eigentumsvorbehalt, das sogenannte pactum reservati dominii, bis zum ersten Viertel des 17. Jahrhunderts den Rechtsordnungen der deutschen Staaten unbekannt war. Auch das römische Recht hat einen eigentlichen Eigentumsvorbehalt nicht gekannt[5]). Wohl finden sich im corpus iuris Stellen, die scheinbar auf dieses Institut hinweisen[6]), weshalb denn auch einige Schriftsteller einen Eigentumsvorbehalt im römischen Recht annehmen[7]). Bei näherer Untersuchung ergibt sich aber deutlich, daß der Verkäufer, wenn er sich das Eigentum an der Kaufsache vorbehalten wollte, nicht aus dem Kaufgeschäft tradierte, sondern aus dem mit diesem verbundenen precarium, commodatum oder der locatio conductio[8]). Diese Ansicht wird auch von der Mehrzahl der Schriftsteller vertreten[9]). Nicht haltbar ist m. E. jedenfalls die Begründung des in der Literatur oft zitierten Thorsch, der sich zu der hier vertretenen Ansicht in Gegensatz stellt und ausführt, der Eigentumsvorbehalt sei den Römern nicht unbekannt, er sei nur unbenannt gewesen[10]). Gerade der Umstand, daß der Eigentumsvorbehalt im römischen Recht an keiner Stelle namentlich angeführt ist, beweist, daß man ihn auch nicht gekannt hat. Man kann doch unmöglich behaupten wollen, daß die den Römern bekannten, oben angeführten Verbindungen des Kaufgeschäftes

---

[5]) Nicht mit dem Eigentumsvorbehalt ist die römische lex commissoria zu verwechseln, die einen Vorbehalt der Verwirkung enthält. Vgl. insbesondere Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gem. Preuß. Privatrechts, II. Bd., 5. Aufl., Berlin 1887, S. 72 ff. (§ 1261, 1); Dernburg, Pandekten, II. Bd., 7. Aufl., Berlin 1903, § 95, 6 a.

[6]) Vgl. Cohen, Die geschichtl. Entwicklung d. Eigentumsvorbehalts in Grünhuts Zeitschr. f. d. Privat- u. öffentl. Recht, 21. Bd., Wien 1894, S. 690 f. S. 690 f.

[7]) Glück, Goldschmidt u. a.

[8]) Vgl. auch hierzu Cohen a.a.O., S. 690 ff.

[9]) So von Sintenis, Das prakt. gem. Zivilrecht, I. Bd., Leipzig 1868, § 49, S. 493, Anm. 21; Duncker, Das pact. res. dom. im rheinischen Museum f. Jurisprudenz, V. Bd., Göttingen 1833, S. 164 f.; Leonhardt, Zur Lehre von d. Rechtsverhältnissen am Grundeigentum, Hannover 1843, S. 221 f.; Lilienfeld a.a.O., S. 4 f.; Fußhöller a.a.O., S. 1; Memelsdorff, Die Bedeutung des Eigentumsvorbehalts nach dem BGB., Diss., Halle 1921, S. 2; Bade, Ueber die Bedeutung und Wirksamkeit d. sog. pact. res. dom., Diss., Rostok 1899, S. 10 ff.

[10]) Thorsch, Das pact. res. dom., Straßburg 1875, S. 42.

mit dem precarium, commodatum oder der locatio condutio mit dem Eigentumsvorbehalt in seiner modernen Entwicklung und Auffassung zu vergleichen seien.

Wenden wir uns nun dem frühen Mittelalter zu, so sehen wir, daß der Eigentumsvorbehalt ebenfalls noch ein unbekanntes Gebiet ist. Die Barzahlung beherrscht durchaus den Handelsverkehr. So sagt die lex Ripuariorum tit. 59 de venditionibus § 1: „Si quis alteri aliquid vendiderit et emtor testamentum emtionis accipere voluerit, in mallo hoc facere debet et pretium in praesente tradat et rem accipiat, et testamentum publico conscribatur".[11]) Ebenso spricht die lex Bajuvariorium tit. 15 de venditionibus cap. 2 § 1 davon, daß der Kauf erst „post acceptum pretium" perfekt sei. Eine Ausnahme bildet allerdings die lex Visigothorum lib. V, tit. 4, § 3, wo des Kreditkaufes Erwähnung getan wird[12]). Erste kümmerliche Anfänge mögen sich hier und auch in dem langobardischen Volksrecht wohl gefunden haben, von einem wirklichen pactum reservati dominii kann aber noch keine Rede sein. Die Schwerfälligkeit der damaligen Rechtsanschauungen, genährt von stetiger Tradition, von der man nicht ablassen wollte, konnte eine baldige Entstehung des Eigentumsvorbehaltes nicht zulassen[13]).

Ein allmählicher Umschwung trat erst im späten Mittelalter[13a]) ein und wurde bedingt durch das Aufblühen der Städte, die immer mehr Träger und Mittelpunkt eines weit verzweigten Handelsverkehrs wurden. Jetzt zeigten sich zum ersten Mal die Vorläufer unseres heutigen Eigentumsvorbehaltes, allerdings nur in Anwendung auf Immobilien. Es entsteht ein neues Institut, auf Grund dessen der Verpfänder das Grundstück im Besitz behalten darf, und bei dem auch Publizität und Priorität berücksichtigt werden[14]). Wenn auch bei Mobilien ein Eigentumsvorbehalt unmöglich blieb, so lockerte sich hier doch wenigstens das starre Faustpfandprinzip, was besonders bezüglich der Schiffe, die damals in erster Linie einen ausgedehnten Handel ermöglichten, von Bedeutung war[15]).

Doch erst gegen Ende des ersten Viertels des 17. Jahrhunderts entstand — wie schon kurz gestreift — das den Namen pactum reservati dominii verdienende Institut. Die diesbezüg-

---

[11]) Vgl. hierzu u. d. folg. Ausführungen Duncker a.a.O., S. 168 ff.; Cohen a.a.O., S. 693.

[12]) Dahn, Westgothische Studien, Würzburg 1874, S. 102.

[13]) Näheres siehe Duncker a.a.O.

[13a]) Vgl. v. Schwerin, Grundzüge des deutschen Privatrechts, Berlin u. Leipzig 1919, § 66, II, 1. Ferner § 76, II. Auch Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 4. Aufl., Leipzig, Erlangen 1922, § 65, insbes. II.

[14]) Vgl. auch insbesondere über Sicherung der bedingten Uebertragung oder des Rückfallrechts durch Vormerkung: Stobbe-Lehmann, Handb. d. deutsch. Privatrechts, II. Bd., 1. Halbbd., 3. Aufl., Berlin 1896, § 107, 4.

[15]) Cohen a.a.O., S. 694; vgl. auch Duncker a.a.O., S. 170 f., insbesondere über den Rentenkauf.

liche Gesetzesbestimmung findet sich im tit. 42 der Kursächsischen Prozeßordnung von 1622[16]). In den folgenden Jahren bürgert sich der Eigentumsvorbehalt mehr und mehr ein und ist bald dem deutschen Rechtsempfinden nichts Wesensfremdes mehr. Bemerkenswert ist, daß auch in den folgenden Jahren der Eigentumsvorbehalt auf Immobilien beschränkt bleibt. So sagt noch Duncker 1833, daß der Eigentumsvorbehalt an fahrender Habe ebenso selten sei, als eine Hypothek daran[17]). Interessant für die Entwicklung ist auch, was Leonhardt zehn Jahre später schreibt: „Selten wird Grundeigentum verkauft, ohne daß von den Kontrahenten die Verabredung getroffen würde, es solle die ganze Kaufsumme oder doch wenigstens ein Teil derselben vom Verkäufer dem Käufer kreditiert werden ... Fast ohne Ausnahme geschieht dieses Kreditgeben aber nicht, ohne daß der Verkäufer sich für die Forderung, mit welcher ihm der Käufer verhaftet bleibt, eine Sicherheit ausmachte, welche durchaus gewöhnlich darin besteht, daß der Verabredung, wonach Kredit bewilligt ist, das pactum reservati dominii hinzugefügt wird".[18])

Leonhardt bemerkt hierzu noch, daß er die Hausregistratur — eine unserem heutigen Grundbuch ähnliche Einrichtung — der Altstadt Hannover eingesehen und dabei „in der Zeit von wenigen Tagen mehrere tausend Kaufkontrakte erblickt habe, in denen von einem pactum reservati dominii die Rede gewesen sei." Außerdem hat seine Einsicht in die sogenannten Hypothekenbücher der Neustadt Hannover das Resultat ergeben, daß fast jede Seite derartige Kaufkontrakte enthält.

Einen kurzen Blick wollen wie an dieser Stelle gleich auf die Streitfragen werfen, die das pactum reservati dominii im Laufe der Zeit hatte entstehen lassen. Betont sei zunächst, daß über den Entstehungsgrund des Eigentumsvorbehaltes bei der überwiegenden Zahl der damaligen Schriftsteller Einigkeit geherrscht hat. Die Praxis hat ihn geschaffen, hat ihn schaffen müssen als Reaktion gegen das mit der Rezeption zur Herrschaft gelangte römische Recht. Besonders das römische Pfandrecht bildete in seiner Verunstaltung für die Gläubiger ein Hindernis, das unter allen Umständen beseitigt werden mußte. Nichtöffentliche, sogenannte stillschweigende oder gesetzliche Hypotheken und Generalhypotheken bildeten ein unübersehbares Labyrinth. Anschaulich schildert diesen Zustand Cohen: „Daher war es ganz natürlich, daß denjenigen Ansprüchen, deren Schutz im öffentlichen Interesse lag, gemeinrechtlich und noch mehr partikularrechtlich ein Vorzugsrecht vor den anderen Hypotheken gegeben wurde. Dies verwirrte aber die Sachlage

[16]) Cohen, S. 695; zu diesen geschichtl. Ausführungen vgl. ferner Fußhöller a.a.O., S 1 ff. u. Lilienfeld a.a.O., S. 4 ff,

[17]) Duncker, S. 165 (§ 25).

[18]) a.a.O., S. 219 f.

nur noch mehr; denn nun kamen die privilegirten Hypotheken, bald generelle, bald specielle, die Privilegien ohne Hypothek doch mit dem Vorzuge vor allen oder vor einigen Hypotheken, die Separations- und Quasiseparationsrechte zur Welt, und anstatt den gordischen Knoten zu lösen, schürzte jedes Geschlecht noch ein Knötchen hinzu[19]." Ebenso hebt Duncker die Mängel des römischen Hypothekenwesens hervor und sagt dann weiter: „So entstand durch das Bedürfnis der Praxis das vorbehaltene Eigenthum, nach dem an die früheren Grundsätze über Gewere die scharfen Begriffe des Römischen Rechts von Besitz und Eigenthum getreten waren[20])."

Gleicher Ansicht ist weiterhin Leonhardt, der immer wieder betont, daß der Eigentumsvorbehalt aus den Bedürfnissen der Praxis heraus geschaffen worden sei, nachdem das römische Recht hier völligt versagt habe[21]). In Praxis und neuerm Gerichtsgebrauch wurzelt nach ihm der Eigentumsvorbehalt, für den er übrigens lebhaft eintritt, indem er den § 18 mit den Worten beendet: „Das pactum reservati dominii ist ein lebensfrisches organisches Institut, welches nicht, als den Bau des Rechts in seiner Schönheit störend, getilgt, als abgestorben zu Grabe getragen werden darf."

Zum Schluß sei noch auf Sintenis verwiesen, nach dem kein Streit darüber besteht, „daß das pactum reservati dominii sich ohne positiv-rechtlichen Anhalt lediglich durch die Praxis und vorzugsweise in Verbindung mit dem Kaufkontrakt ausgebildet habe, sehr wahrscheinlich wegen nicht genügend befundener Sicherung durch die römischen Hypotheken seit dem Eindringen des Römischen Rechts in Deutschland[22])."

Diese Beispiele zeigen also deutlich, daß man sich über die Tatsache, der Ursprung des pactum reservati dominii sei hauptsächlich in den praktischen Bedürfnissen des damaligen Verkehrs als Gegengewicht gegen das unbrauchbare römische Pfandrecht zu suchen, im klaren war. Dagegen entbrannte aber ein heftiger Streit über Bedeutung und Wirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes. Hier lassen sich drei verschiedene Meinungen unterscheiden, die einer kurzen Betrachtung unterzogen werden müssen[23]).

Die erste Ansicht gewährt dem Verkäufer durch das pactum reservati dominii nur eine spezielle Hypothek. Sie ist durchaus falsch, denn dem praktischen Bedürfnis nach absoluter Sicherung konnte bei der Vielheit und Verschiedenheit der Hypotheken eine bloß vorbehaltene Hypothek nicht genügen. Außer-

---

[19]) a.a.O., S. 701 f.
[20]) a.a.O., S. 172.
[21]) a.a.O., S. 221 f., S. 227, S. 274.
[22]) a.a.O., S. 493 (§ 49), Anm. 21; vgl. auch Bade a.a.O., S. 11.
[23]) Vgl. insbesondere Cohen a.a.O., S. 709 ff.; Duncker a.a.O., S. 69 ff.; Lilienfeld a.a.O., S. 6 ff.; Bade a.a.O., S. 19 ff.

dem steht diese Auffassung im grellen Widerspruch zum Wortlaut. Es kann daher nicht verwundern, daß diese Meinung in der Literatur fast durchweg abgelehnt wird[24]).

Weiterhin hat man in dem pactum reservati dominii eine Resolutivbedingung gesehen, eine Ansicht, die von Windscheid-Kipp (Lehrbuch der Pandekten, I. Bd. Frankfurt a. Main, 1909, § 172, 7), Leonhardt (S. 229 f.) u. a. vertreten wird. Auch das preußische allgemeine Landrecht steht auf diesem Boden und hat dies im § 266 I 11 ausdrücklich ausgesprochen[25]). Die für diese Theorie angeführten Argumente drängen aber eher zur Annahme einer Suspensivbedingung. Eben weil der Verkäufer für den kreditierten Kaufpreis möglichst sichergestellt werden soll, muß er zunächst noch Eigentümer bleiben und der Käufer in seiner Verfügungsgewalt gewissen Beschränkungen unterworfen sein[26]). Beachtlich ist nur der Einwand, daß doch mit dem Grund und Boden unter Umständen auch politische und kommunale Rechte verbunden seien. Dazu muß aber bemerkt werden, daß der nicht immer einer Form[27]) bedürftige Eigentumsvorbehalt den Parteiabreden einen weiten Spielraum ließ, so daß nicht einzusehen ist, weshalb nicht bei aufschiebender Bedingung der Käufer in den Genuß der erwähnten Rechte hätte gesetzt werden können.

Richtig ist die dritte Ansicht, die eine suspensive Bedingung beim pactum reservati dominii annimmt, d. h. den Verkäufer solange noch Eigentümer bleiben läßt, bis der Käufer den kreditierten Kaufpreis gezahlt hat. Es ist eine nicht zu leugnende Tatsache, daß die Praxis einer derartigen Bedingung wohlwollender gegenübersteht als einer resolutiven, weshalb denn auch heute unser BGB. für den Zweifelsfall eine Suspensivbedingung annimmt. Für eine aufschiebende Bedingung hat sich ganz besonders v. Vangerow ausgesprochen, der mit Recht die aus den Worten hervorgehende Absicht der Kontrahenten entscheiden lassen will und daß es sich deshalb doch wirklich nicht in Abrede stellen lasse, „daß man bei einem Eigentumsvorbehalt nicht wohl an etwas anderes denken könne, als daß der Tradent sein Eigentumsrecht noch nicht von sich werfen wolle, bis ihm der Kaufschilling bezahlt worden sei, daß also die Zufügung einer Suspensivbedingung in der Absicht des Verkäufers liege[28])."

---

[24]) So von Cohen, S. 710; v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, I. Bd., 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1876, § 311, S. 568 ff., Anm. 2; Duncker, S. 72 ff.; Leonhardt, S. 227; Bade, S. 19 f.

[25]) Vgl. ferner §§ 267 ff., I, 11.

[26]) Vgl. die Ausführungen von Windscheid-Kipp a.a.O., besonders Anm. 18 a; Leonhardt a.a.O.; Cohen S. 710.

[27]) Vgl. Duncker a.a.O., S. 184; Cohen S. 706.

[28]) a.a.O. Ihm schließt sich Duncker an (S. 81 ff.). Gleicher Ansicht ferner Dernburg, S. 499 (§ 215). Vgl. auch Lilienfeld a.a.O., S. 8; Bade

Erwähnung finden mag noch die Ansicht von Sintenis, der die Betonung auf den Zweck legt, zu dem die Klausel beigefügt worden ist, und eine gemischte Bedingung annimmt[29]), und die von Thorsch der eine condicio iuris annimmt[30]).

Nach Erörterung dieser Streitfragen bleibt uns noch übrig, den weiteren Verlauf der Entwicklung des Eigentumsvorbehaltes zu betrachten, der schließlich seine heutige Gestaltung herbeigeführt hat[31]).

Das allmählich sich ausbildende moderne Hypothekenrecht beseitigte die stillschweigenden Hypotheken. Der Grundsatz der Publizität wurde allein herrschend. In dieser Zeit trat die grundlegende Aenderung im Wesen des Eigentumsvorbehaltes ein: er wurde allein bei Mobilien zulässig. Dieser Umschwung hatte seinen Grund vornehmlich darin, daß die deutsche Industrie einen bedeutenden Aufschwung nahm. Bildete früher der Immobilienverkehr die Grundlage des Handels, so wurde er jetzt von den Mobilien abgelöst. Es entstand das moderne Mobiliarpfandrecht, das Faustpfandprinzip. Da dieses wiederum in vielen Fällen dem Gläubiger nicht die gewünschte Sicherheit bieten konnte (vgl. die Ausführungen auf S. 6 f.), mußte notwendigerweise hier — wie ehemals bei den Immobilien — das Institut des Eigentumsvorbehaltes zur Ausfüllung der Lücke herangezogen werden. Begünstigt wurde diese Entwicklung noch durch das Aufkommen eines umfangreichen Ratenhandels, sowie durch etliche Exekutionsbeschränkungen, die die moderne Zivilprozeßordnung eingeführt hatte, um nicht zu einem völligen Ruin des Schuldners die Handhabe zu bieten[32]).

In der Folgezeit befestigte sich dieser „neue" Eigentumsvorbehalt mehr und mehr und führte in stetiger Fortenwicklung und Ausbreitung zu seiner wiederholt erwähnten Bedeutung. Gleichzeitig hiermit setzte sich die — heute vom Gesetz sanktionierte — Ansicht durch, daß der Eigentumsvorbehalt im Zweifel eine Suspensivbedingung enthalte. Dieser Umstand erklärt sich daraus, daß man mit der Zeit doch zu der Einsicht kam, die Resolutivbedingung könne wegen des sofortigen Eigentumsverlustes des Verkäufers in vielen Fällen nicht die erforderliche Sicherheit bieten. Nicht richtig ist m. E. die Ansicht von Cohen, der diese Entwicklung dem Uebergang des Eigentumsvorbehaltes von den Immobilien auf die Mobilien zuschreiben will[33]). Auch heute, bei den Mobilien, kann der Verkäufer

---

a.a.O., S. 41, der bei beweglichen Sachen eine Suspensiv-, bei unbeweglichen eine Resolutivbedingung annimmt.

[29]) Sintenis a.a.O., S. 493, Anm. 21.
[30]) Thorsch a.a.O., S. 31 ff.
[31]) Vgl. zu den folgenden Ausführungen Cohen, S. 713 ff.
[32]) Vgl. Cohen, S. 717 ff.; Lilienfeld, S. 8 ff.; Bade, S. 16 f.
[33]) a.a.O., S. 723.

nicht umhin, den Käufer mit einer gewissen Machtfülle auszustatten: er muß ihm die Benutzung, unter Umständen sogar die Verarbeitung und auch Veräußerung (man denke an den Fall des Verkaufes eines Warenlagers unter Eigentumsvorbehalt) der Sache gestatten. Man kann wohl kaum behaupten, daß diese Machtfülle eine viel geringere sei als die, die dem Käufer im gemeinen Recht gewährt werden mußte, was selbst dann nicht der Fall ist, wenn dem Vorbehaltskäufer die Ausübung etwaiger mit dem Grund und Boden verbundener Rechte kommunalen oder politischen Inhalts gestattet werden mußte. Eigentümer muß der Verkäufer bleiben, aber auf die Ausübung seiner Rechte muß er in weitgehendstem Maße verzichten, denn das umfassendste Recht, aus dem Eigentum vorgehen zu können, sei es gerichtlich oder außergerichtlich, bleibt ihm unbenommen.

Sehen wir uns nun den bestehenden Rechtszustand an.

---

§ 3.

Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt nach dem BGB.

Der Eigentumsvorbehalt in seiner heutigen Form ist im Gesetz verankert und findet seine Grundlage im § 455 BGB., der lautet: „Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Uebertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt und daß der Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt."

Wie die Worte „im Zweifel" andeuten, handelt es sich hier um eine Auslegungsregel[34]), um eine dispositive Vorschrift, d. h. der § 455 kann erst zur Anwendung gelangen, wenn die getroffenen Parteivereinbarungen den mutmaßlichen Willen der Beteiligten nicht klar erkennen lassen oder wenn ein Kaufvertrag ohne die Vorbehaltsklausel abgeschlossen worden ist, es sich aber aus seinem Inhalt und Wesen ergibt, daß die Parteien den Vorbehalt vereinbart wissen wollten. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß die Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes durchaus formlos geschlossen werden kann, — denn das Gesetz hat keine Formvorschrift gegeben —, also auch durch stillschweigende Vereinbarung, was besonders beim Geldwechseln und den sogenannten „Zug-um-Zug-Geschäften" der Fall sein

---

[34]) Vgl. die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des BGB., Bd. II, Berlin 1898; auch Planck, Komm. zum BGB., Bd. II, 2, Berlin und Leipzig 1923 zu § 455.

wird[35]). Aus dem Gesetzestext ergibt sich weiter, daß der Eigentumsvorbehalt nur an beweglichen Sachen möglich ist. Es ist hier im Gesetz also noch einmal das Resultat der geschichtlichen Entwicklung festgelegt worden[36]). Hierher gehören alle beweglichen Sachen, aber auch an verbrauchbaren Sachen (gem. § 92 BGB.) ist der Vorbehalt zulässig. Aus der Natur der letzteren ergibt sich, daß dem Vorbehaltskäufer der Verbrauch der Sachen — wenigstens in den meisten Fällen — gestattet werden muß, wobei zu beachten ist, daß mit dem Verbrauch der Eigentumsvorbehalt erlischt und an seine Stelle eine Schadensersatzpflicht des Käufers tritt[37]). Von einer Verbindung, Verarbeitung und Vermischung gilt entsprechendes. Vgl. auch § 946 BGB. Wird eine bewegliche Sache wesentlicher Bestandteil einer anderen, so kann an dieser kein Eigentumsvorbehalt zum Entstehen kommen bezw. ein bestehender muß erlöschen, da nach § 93 BGB. wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können[38]). Weiter ist zu sagen, daß auch der Verkauf eines Warenlagers unter Eigentumsvorbehalt angängig ist. Im allgemeinen wird hier der Käufer ermächtigt sein, die einzelnen zu dem Warenlager gehörenden Stücke im Rahmen des Geschäftsbetriebes zu veräußern, wobei denn zur besseren Sicherung des Verkäufers meist vereinbart werden wird, daß eventuell angeschaffte Ersatzstücke wieder von dem Eigentumsvorbehalt erfaßt werden sollen[39]).

Da ein wirksamer Eigentumsvorbehalt nur an beweglichen Sachen entstehen kann, so ist folglich ein solcher an einem Geschäft als Ganzem unmöglich, da zu diesem auch Rechte, Forderungen, die Kundschaft u. a. m. gehören. Ein derartiger Vorbehalt kann daher nur an den körperlichen Gegenständen eine Wirkung hervorrufen[40]).

Die angeführten Beispiele stellen nur einen kleinen Ausschnitt aus der Fülle der gegebenen Möglichkeiten dar. Den Parteivereinbarungen ist vom Gesetz ein weiter Spielraum ge-

---

[35]) Vgl. insbesondere Planck a.a.O.; Staub, Komm. zum HGB., II. Bd., Berlin u. Leipzig 1921, Anh. zu § 382, Anm. 63 a; v. Staudinger, Komm. zum BGB. und dem E.G., II. Bd., München u. Berlin 1912 zu § 455, II, 5; Jaffé, der Eigentumsvorbehalt beim Kauf, Leipzig 1910, S. 6; Fußhöller a.a.O., S. 12 f.; a. A. Endemann, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts, I. Bd., Berlin 1903, der im § 160a 1, 2 sagt, der Eigentumsvorbehalt müsse vertragsmäßig vereinbart werden.

[36]) Vgl. die Ausführungen oben S. 14 f.

[37]) Vgl. v. Staudinger a.a.O., II, 1 c; Oertmann, Komm. zum BGB., 2. Buch, Berlin 1910, zu § 455 Bem. 2; Staub a.a.O., Anm. 69. Ferner Jaffé a.a.O., S. 5 f.; Fußhöller, S. 16 f.; Nöll, Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf mit besonderer Berücksichtigung des Abzahlungskaufes, Diss., Breslau 1922, Seite 8.

[38]) Das Nähere hierüber siehe unten III. Abschnitt, § 13.

[39]) Staub a.a.O.; v. Staudinger a.a.O., II, 1, d; Planck a.a.O., Anm, 6; Fußhöller a.a.O., S. 16; Nöll a.a.O.

[40]) Staub, Anm. 70; Planck a.a.O.; v. Staudinger, II, 1b; Oertmann a.a.O.

lassen, und sind diese in jeder Form gültig, wenn sie nicht gerade gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstoßen[41]). Insbesondere ist es den Parteien in jeder Weise überlassen, statt einer Suspensiv- eine Resolutivbedingung zu vereinbaren[42]). In diesem Falle treten die vollen Vertragswirkungen sofort ein. Der Käufer wird Eigentümer und verpflichtet sich, den restlichen Kaufpreis in Raten zu einer bestimmten Zeit zu zahlen. Kommt er diesen Verpflichtungen nicht nach, so fällt, da dann die Bedingung eingetreten ist, das Eigentum wieder an den Verkäufer zurück.

An dieser Stelle soll auch gleich noch die Frage beantwortet werden, ob an unbeweglichen Sachen ein Eigentumsvorbehalt stets unzulässig ist. Diese Frage könnte man schon auf Grund der geschichtlichen Entwicklung bejahen. Die Bejahung ergibt sich aber auch aus dem Gesetz selbst; denn gemäß § 873 BGB. ist zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück neben der Eintragung in das Grundbuch die Einigung des Veräußerers und Erwerbers über den Eigentumsübergang erforderlich. Diese Einigung, Auflassung genannt, kann aber gemäß § 925 Abs. 2 BGB. nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen, woraus von selbst folgt, daß bei dem Verkauf eines Grundstücks ein Eigentumsvorbehalt nicht vereinbart werden kann, der eine dingliche Wirkung hervorriefe. Einem vorhandenen praktischen Bedürfnis wird in diesem Fall dadurch abgeholfen, daß zur Sicherung des Anspruches des Verkäufers eine Vormerkung gemäß § 883 BGB. in das Grundbuch eingetragen wird[43]). Nicht haltbar ist aber die Ansicht von Oertmann[44]), der ebenfalls die Möglichkeit einer dinglichen Sicherung durch Eintragung einer Vormerkung zugibt, dann aber fortfährt: „Natürlich kann der Sinn der Abrede bei Immobilien auch der sein, daß dem Verkäufer nur eine Hypothek am verkauften Grundstück zustehen solle." Wollte man diese Ansicht billigen, so fiele man mit einem Schlage in die alte gemeinrechtliche Auffassung zurück, die schon in jener Zeit wenig Anhänger hatte und fast durchweg keine Billigung fand[45]).

Eine weitere Betrachtung des § 455 BGB. läßt erkennen — wie auch schon die oben gemachten Ausführungen —, daß zwi-

[41]) Ueber weitere Vereinbarungen des Eigentumsvorbehaltes vgl. die zuletzt zit. Schriftsteller, insbes. Staub, der eine umfangreiche Zusammenstellung bringt.

[42]) So Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, II. Bd., Tübingen und Leipzig 1902, § 312, 3 b zu § 455; Staub a.a.O., Anm. 68; Endemann a.a.O., Anm. 22; v. Staudinger a.a.O., I, 3 u. a.

[43]) Hierzu v. Staudinger a.a.O., III; Planck a.a.O., Anm. 5; Crome a.a.O., Staub a.a.O., Anm. 71; Jaffé, S. 9; Fußhöller, S. 15; vgl. auch R.G.E. Bd, 67, S. 383.

[44]) a.a.O., Bem. 2 zu § 455.

[45]) Vgl. die Ausführungen auf S. 12 f. Eine Auslegung des Vorbehaltes in dem Sinne, daß der Verkäufer nur ein Pfandrecht an der übergebenen Sache haben solle, ist ebenfalls unmöglich. Vgl. Planck, Bem. 2, f zu § 455.

schen der dinglichen und obligatorischen Seite scharf geschieden werden muß. Die dingliche Seite besagt, daß das Eigentum an der bereits übergebenen Sache noch nicht übergehen soll, die obligatorische Seite, daß der Verkäufer zur Eigentumsübertragung erst verpflichtet ist, wenn der gesamte Kaufpreis gezahlt ist, und daß er ein Rücktrittsrecht vom Vertrage hat, wenn der Käufer mit seinen Zahlungen in Verzug kommt. Die rechtliche Konstruktion ergibt, daß ein obligatorischer Vertrag vorliegt, nämlich der Kaufvertrag. Dieser ist unbedingt abgeschlossen; er dient den Parteien als Grundlage. Diesem Kaufvertrag wird nun ein bedingter Nebenvertrag hinzugefügt, eben der Eigentumsvorbehalt[46]). Wie wir schon kurz gesehen haben, ist diese Bedingung nach dem Willen des Gesetzes im Zweifel eine suspensive. Der Verkäufer bleibt also Eigentümer, bis der Käufer die letzte Rate des gestundeten Kaufpreises bezahlt hat. Diese Ausführungen beziehen sich aber nur auf die gesetzliche Regelung des § 455 BGB. Auch hier steht es den Parteien frei, anderweitige Reglungen zu treffen, wie z. B. Abschluß eines bedingten Kaufvertrages, Ausschluß des Rücktrittsrechtes und dergleichen mehr.

Die oben erwähnte Scheidung zwischen der dinglichen und der obligatorischen Seite zeigt sich in ihrer praktischen Auswirkung besonders in dem Fall, wenn der Verkäufer wegen nicht pünktlicher Zahlung seitens des Käufers von diesem die übergebene Kaufsache herausverlangt, ohne deswegen vom obligatorischen Vertrag zurückzutreten. Kraft seines Eigentumsrechtes hat der Verkäufer diesen Herausgabeanspruch (vgl. § 985 BGB.). Der Käufer muß sich fügen und kann sich nicht auf § 986 Abs. 1 S. 1 BGB. berufen, denn die mit der Uebergabe der Sache verbundene Bedingung ist nunmehr dadurch ausgefallen, daß er nicht pünktlich gezahlt hat, und somit ist er auch nicht mehr zum Besitz berechtigt[47]). In diesem Fall kann auch der Verkäufer die geleisteten Teilzahlungen behalten, weil eben der obligatorische Vertrag weiter besteht. Nicht richtig ist die Ansicht von Staudinger, der ausführt, der Käufer verlöre nicht ohne weiteres durch Zahlungsverzug das Recht zum Besitz der Sache, sondern erst durch die ausdrückliche Rücktrittserklärung des Verkäufers[48]). Hier trennt v. Staudinger nicht scharf genug

---

[46]) Hierüber siehe näheres bei Crome, § 212, 3, b; Endemann, Anm. 22, Staub, Anm. 63, b; Planck, zu § 455; Jaffé, S. 7 ff. Ebenso die Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich, Bd. II, Berlin 1896, § 459, S. 319; Bade, S. 31 ff. Vgl. auch „Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts", Reichsgerichtsräte-Kommentar (R.G.R.-K.), 5. Aufl., Bd. I, Berlin u. Leipzig 1923, Anm. 1 zu § 455.

[47]) Vgl. Planck, Anm. 2 a; v. Staudinger, II, 4; Crome, § 212, 3, b, insbesondere auch Anm. 69; Staub, Anm. 64. Ebenso auch R.G.R.-K., Anm. 5 zu § 455.

[48]) a.a.O., II, 2, a; vgl. auch Jaffé, S. 19.

obligatorische und dingliche Seite, im Gegensatz zu seinen unter II, 4 gemachten Ausführungen. Die Rücktrittserklärung des Verkäufers hat mit seinem Herausgabeanspruch ja gar nichts zu tun. Man beachte doch den Zweck der bedingten Uebertragung: Sicherung des kreditierenden Verkäufers. Die dinglichen Wirkungen kann der Verkäufer jederzeit aufheben, falls der Käufer den Kaufpreis nicht pünktlich zur bestimmten Zeit zahlt oder auch mit dem gesamten Kaufpreis, sowie mit Teilzahlungen in Verzug gerät. Voller Eigentümer bleibt bis zum Eintritt der Bedingung der Verkäufer, denn geleistete Teilzahlungen bleiben auf den Eigentumsübergang ohne Einfluß, solange noch weitere Teilzahlungen zu leisten sind. Der Käufer hat nur ein Besitzrecht, allerdings ein sehr starkes und weitgehendes[49]), ein Besitzrecht, das auf der bedingten Eigentumsübertragung beruht[50]) und dessen er folglich verlustig gehen muß, wenn die Bedingung des Eigentumsüberganges offensichtlich nicht mehr eintreten kann, weil er seine Zahlungen nicht zur verabredeten Zeit leistet.

Was nun das Rücktrittsrecht des Verkäufers vom obligatorischen Vertrag anbelangt (§ 346 BGB.), so kann dieses nur bei Zahlungsverzug des Käufers geltend gemacht werden (gem. § 283 BGB.), und zwar muß es ausdrücklich erklärt werden, wobei es einer Androhung oder Fristsetzung nicht bedarf[51]). Durch diese Erklärung wird der zugrunde liegende Vertrag, also der Kaufvertrag, aufgelöst, und die Parteien sind verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, im Gegensatz also zu dem oben erwähnten Herausgabeanspruch, bei dessen Geltendmachung der Verkäufer nicht nur nicht die gezahlten Raten herauszugeben brauchte, sondern auch weiterhin den vollen Kaufpreis beanspruchen konnte, und wo eine Grenze nur durch § 812 BGB. (ungerechtfertigte Bereicherung) gezogen war. Vgl. hierzu auch R.G.E. Bd. 7 S. 150, wo diese Ansicht ausdrücklich bestätigt wird, da eben der Kaufvertrag selbst unbedingt abgeschlossen wird „und die aus ihm sich ergebenden Rechte und Verbindlichkeiten unbeschränkt entstehen."

Zusammenfassend sei noch einmal wiederholt: das dingliche Geschäft der Uebergabe der Sache ist in dem Augenblick hinfällig, in dem der Käufer den vereinbarten Kaufpreis nicht pünktlich zahlt bezw. Teilzahlungen nicht zur festgesetzten Zeit

[49]) Näheres weiter unten § 5.

[50]) A. M. Karff, Vermieterpfandrecht an unter Eigentumsvorbehalt erworbenen Sachen, Diss. Rostock, S. 6 f., der den dort zit. Jaffé falsch verstanden hat; denn dieser unterscheidet zwischen einem Besitzrecht, das durch die bedingte Uebereignung und einem solchen, das durch den Kaufvertrag begründet wird. Vgl. a.a.O., S. 15 ff.

[51]) Vgl. Staub, Anm. 64, b.

leistet. Dasselbe gilt natürlich vom Verzug, doch ist dieser hier nicht Erfordernis. In jedem Fall kann der Verkäufer die Sache herausverlangen. Der Kaufvertrag bleibt trotzdem bestehen. Dieser erlischt erst mit der Rücktrittserklärung des Verkäufers, zu der er nur berechtigt ist, wenn der Käufer sich in Zahlungsverzug befindet. Anders lautende Parteivereinbarungen gehen vor.

Die Rechtslage beim Abschluß des Vertrages ebenso bei seiner Auflösung ist klargestellt. Ferner wissen wir, daß erst mit Eintritt der Bedingung der Käufer Eigentümer wird. Wie sieht nun aber der Rechtszustand in der Zwischenzeit aus, wie ist die rechtliche Stellung des Käufers zu erklären, wer trägt die Gefahr? Diese Fragen können wir nur beantworten, wenn wir uns die zwischen Abschluß des Vertrages einerseits und Aufhebung desselben bezw. Eintritt der Bedingung liegende Zeit andererseits etwas näher ansehen, eine Zeit, die der Jurist Schwebezustand oder Pendenz zu nennen pflegt.

---

§ 4.

Die Wirkungen während des Schwebezustandes, insbesondere das Anwartschaftsrecht des Käufers.

Wie schon auf S. 19 angedeutet, hat der Vorbehaltskäufer, dem die Kaufsache übergeben ist, ein weitgehendes Besitzrecht. Er kann im allgemeinen alle Verfügungen über die Sache treffen, soweit diese nicht ein Eigentumsrecht an der Sache voraussetzen. Andererseits ist aber auch der Verfügungsbefugnis des noch Eigentümer gebliebenen Verkäufers durch § 161, Abs. 1 BGB. eine Grenze gesetzt. Der Verkäufer darf danach während der Schwebezeit keine weitere Verfügung über den Gegenstand treffen, soweit diese die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde, andernfalls ist der Verkäufer nach § 160, Abs. 1 BGB. dem Käufer zum Schadensersatz verpflichtet. Was hier von der aufschiebenden Bedingung gesagt ist, gilt entsprechend von der auflösenden.

Was heißt nun überhaupt Bedingung? Bedingung ist die einer Willenserklärung hinzugefügte Beschränkung, wonach die Wirkungen dieser Willenserklärung vom Eintritt eines künftigen, nach menschlichem Wissen ungewissen Ereignisses abhängig sein sollen[52]). Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist, wie

---

[52]) Vgl. Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1. Abt., 22.—24. Aufl., Marburg 1924, § 181, S. 500; v. Tuhr, Bürgerliches Recht (allgem. Teil), Berlin 1923, § 46 u. a. Vgl. auch Stier-Somlo-Elster, Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft, S. 558 ff.

wir gesehen haben, die Bedingung im Zweifel eine aufschiebende, d. h. die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung des Rechtsgeschäfts tritt erst mit Eintritt der Bedingung ein. In unserem Falle ist also erst dann, wenn der Käufer den vollen Kaufpreis entrichtet hat, der Verkäufer verpflichtet, ihn zum Eigentümer der Kaufsache zu machen. Vgl. auch § 158, Abs. 1 BGB. Rückwirkende Kraft hat nach dem Willen des Gesetzgebers die Bedingung nicht, wenigstens nicht in dinglicher Beziehung. Wie schon auf S. 13 angedeutet, ist der Fall der Suspensivbedingung häufiger als der der Resolutivbedingung, da der praktische Verkehr der ersteren wohlwollender gegenübersteht oder wie Endemann[53]) sagt, da der Verkehr allgemein der Begründung widerruflicher Rechte abgeneigt ist.

Es ist also der Käufer bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung noch nicht Eigentümer und doch wird er während der Pendenz fast wie ein Eigentümer behandelt. Durch die bedingte Uebertragung erlangt nämlich der Käufer zwei weitgehende Rechte, des Anwartschafts- und das Besitzrecht.

Betrachten wir zunächst die rechtliche Natur des Anwartschaftsrechtes, die in der Literatur eine vielfache Bearbeitung gefunden hat.

Es handelt sich hier um einen aus einer Mehrheit von Tatsachen bestehenden Tatbestand, um einen sog. zusammengesetzten Tatbestand. Dieser Tatbestand wird nicht auf einmal, sondern nach und nach erfüllt, und erst die restliche, die letzte Erfüllungshandlung, das Anreihen des letzten Tatbestandsgliedes bringt die volle Rechtswirkung hervor. Je näher diese volle Erfüllung des Tatbestandes in Aussicht steht, je gewisser sie ist, desto näher wird auch die Umwandlung, die Erstarkung des Anwartschaftsrechtes zum unbedingten Vollrecht sein.

Sehen wir uns zunächst die wichtigste Literatur an und ziehen dann daraus die Folgerungen für die Konstruktion des Anwartschaftsrechtes.

Enneccerus[54]) führt unter den Kategorien der Rechte auch solche auf Rechtsänderung oder Gestaltungsrechte an. Hierunter versteht er die Rechtsmacht, durch die die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung subjektiver Rechte entweder von uns bewirkt werden kann oder zu unseren Gunsten auch ohne unseren Willen eintritt. Zu den Rechten auf Rechtsänderung[55]) zählt er u. a. auch die Erwerbsberechtigungen (Rechte auf Erwerb eines Rechtes durch eigene Handlung oder ohne solche) und als deren Unterart nennt er die Anwartschaftsrechte.

---

[53]) Endemann a.a.O., § 76, 2.

[54]) Enneccerus-Kipp-Wolff a.a.O., § 66, 3, S. 158 u. 159 u. § 75, S. 184.

[55]) In der Literatur auch als „Rechte des rechtlichen Können" oder „Kannrechte" (Zittelmann) oder auch als „Gestaltungsrechte" (Seckel) bezeichnet, während von Tuhr sie „Rechte des Könnens" oder „sekundäre Rechte" nennt.

Diese bezeichnet er als die Vorstufe eines Rechtes, das sich aus ihnen entwickelt, ohne daß es noch einer Erwerbshandlung bedürfe. Praktisch behandele man sie als subjektive Rechte, insbesondere in Bezug auf Vererblichkeit oder Veräußerlichkeit. Er bezeichnet diese Rechte als Anwartschaftsrechte oder kurz als Anwartschaften bzw. während der Pendenz als schwebende Anwartschaftsrechte.

Als im Werden begriffene Rechte bezeichnet v. Tuhr[56]) die Anwartschaften, deren größere oder geringere Sicherheit von der Beschaffenheit der zum definitiven Rechtserwerb noch fehlenden Tatsachen abhängig sei. Er scheidet sie in Anwartschaften, die vereitelt werden können und in unentziehbare. Bei letzteren liegt nach ihm eine Bindung des Gegners oder der Sache vor als Vorwirkung des noch nicht entstandenen Vollrechts. Uebertragbarkeit und Vererblichkeit sei in verschiedenem Maße gegeben und insofern könnten die Anwartschaften selbst bereits als Rechte bezeichnet werden.

Cosack[57]) spricht während der Pendenz von einer festen Anwartschaft, nicht nur von einer tatsächlichen Hoffnung. Er unterscheidet ein Vorrecht und — nach Eintritt der Bedingung — das fertige Nachrecht, das lediglich eine Umbildung des Vorrechtes darstelle, wobei er sich auf die Reichsgerichtsentscheidung im Bd. 69 S. 421 stützt.

Nach Biermann[57a]) gewährt das Anwartschafts- oder Erwerbsrecht die feste Aussicht, das von der Bedingung abhängige Vollrecht bei Eintritt der Bedingung ohne neue Erwerbshandlung zu erwerben.

Sehr weit geht v. Staudinger[58]), der auf Grund des Anwartschaftsrechtes dem bedingt Berechtigten bereits einen gegenwärtigen „Anspruch" gibt. Er läßt ferner das vom Erwerber erworbene Recht auf dem beruhen, das der Verfügende zur Zeit der Verfügung hatte und nicht auf dem, das ihm während der Schwebezeit verblieb.

Endemann[59]) sagt, die für den Schwebezustand geschaffene Ordnung ergebe, daß das bedingte Recht oder die Anwartschaft als rechtlich gesicherter Tatbestand anerkannt werde.

Klar und deutlich sagt Dernburg[60]), daß die Erwerbsberechtigung in allen Beziehungen wie ein Recht behandelt werde und deshalb auch als Recht anzusehen sei.

---

[56]) a.a.O., § 8, II.

[57]) Cosack, Lehrbuch d. bürgerl. Rechtes, Bd. I, Jena 1922, § 91, II, 1.

[57a]) Bürgerliches Recht, I. Bd., Berlin 1908, § 81, 3, e.

[58]) Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 9. Aufl., 1925, Erläuterung zu § 158, 6.

[59]) a.a.O., § 76, 3.

[60]) Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, I. Bd., Halle a. S. 1902, § 154, II.

Crome[61]) spricht wie v. Tuhr von einer Vorwirkung und sagt dann: „Der, zu dessen Gunsten die Vorwirkung besteht, hat eine Machtstellung, die den Kriterien des subjektiven Rechtes entspricht."

Ein sehr anschauliches Bild gibt vor allen Zitelmann[62]), der unter anderem ausführt: „Je sicherer und näher bevorstehend die Vollendung des Tatbestandes einerseits, je unzerstörbarer der schon vollendete Teil des Tatbestandes andererseits ist, desto mehr wird die rechtliche Lage des künftigen Erwerbers in der Zwischenzeit schon als vermögenswertes Gut erscheinen. Ja, es wird sogar die Neigung aufkommen, sie bereits als eigenes subjektives Recht, als „Anwartschaftsrecht" zu konstruieren"[63]).

Es ist unmöglich, im Rahmen dieser Abhandlung näher auf alle einzelnen Theorien einzugehen. Es sei deshalb über die Anwartschaft mit Bezug auf die angeführte Literatur nur folgendes gesagt: Zuzugeben ist, daß eine Konstruktion des Anwartschaftsrechtes nicht schematisch durchzuführen ist. Die Anwartschaft des Vorbehaltskäufers ist rechtlich und praktisch eine andere als etwa die des Nacherben oder die des durch eine Vormerkung gemäß § 883 BGB. Gesicherten. Richtig ist ferner, daß der „Grad" der Anwartschaft nie ein einheitlicher sein kann. Das Anwartschaftsrecht kann natürlich in stärkerem Maße als Vollrecht behandelt werden, bei dem es nur noch des Hinzutritts eines einzigen Merkmals bedarf, um das Vollrecht entstehen zu lassen, im Gegensatz etwa zu dem, bei dem es noch des Hinzutritts einer ganzen Reihe in weiter Ferne liegender Tatbestandsmerkmale bedarf. Betrachten wir aber speziell die aus einer Bedingung sich ergebende Anwartschaft, also hier die aus der aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung, so müssen wir doch zu dem Schluß kommen, daß diese Anwartschaft nicht nur, wie Enneccerus sagt, als subjektives Recht zu behandeln ist, sondern daß sie direkt ein subjektives Recht ist, also „die besondere Beziehung eines Rechtssubjektes zu einem bestimmten Gehalt an Lebensgütern in der Art, daß die übrigen Rechtssubjekte mehr oder minder von diesem Kreis ausgeschlossen sind, und dieser Kreis dem einen Rechtssubjekt vorbehalten bleibt"[64]).

---

[61]) System des deutschen bürgerlichen Rechtes, I. Bd., 1900, §§ 29, 2; 33 u. 71, 8.

[62]) Internationales Privatrecht, II. Bd., Leipzig 1903, III, S. 32 ff.

[63]) Vgl. zur Frage des Anwartschaftsrechtes weiter Endemann in Stier-Somlo-Elster, Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft, S. 237 ff.; Semeka im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 35, Heft 1, Berlin 1910, S. 121 ff.; Brecht in Iherings Jahrbüchern, Bd. 61, Jena 1912, S. 273 ff.; Karff a.a.O., S. 7 ff.; Lilienfeld a.a.O., S. 61 f.; ferner noch Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich, Bd. I, 1896, §§ 132—135 I.

[64]) Vgl. Kohler, Lehrbuch d. bürgerl. Rechtes, I. Bd., Berlin 1906, § 44, I

Wir haben es hier mit einem Herrschaftsrecht zu tun, d. h. mit einem Recht, „das dem Subjekt eine Herrschaft über ein der Außenwelt angehörendes Objekt gewährt."[65]) Gerade beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt hat der Vorbehaltskäufer, also der bedingt Berechtigte, bereits eine derartige weitgehende Macht, daß Walsmann mit Recht sagt, der Verkäufer habe keine Befugnisse des Eigentümers, höchstens formal. In Wirklichkeit habe er nur das Recht, die Sache im Falle der Nichtzahlung des Kaufpreises durch den Käufer zurückzuverlangen.[66]) Von großer Bedeutung ist weiterhin, daß das Gesetz selbst dem bedingt Berechtigten seinen Arm leiht und jede Beeinträchtigung oder Vereitelung des Anwartschaftsrechtes verbietet. Verstößt der bedingt Verpflichtete gegen diese gesetzliche Vorschrift, so ist er dem bedingt Berechtigten zum Schadensersatz verpflichtet. Vgl. hierzu die §§ 160, 161 BGB. Aber auch gegen dritte Personen steht, wenn diese während der Pendenz den bedingten dinglichen Gegenstand schuldhafter- oder fahrlässigerweise verletzen, dem bedingt Berechtigten aus § 823, Abs. 1 BGB. ein Schadensersatzanspruch zu, falls die Bedingung eintritt[67]). Ziehen wir nun noch in Betracht, daß dem bedingt Berechtigten durch Bürgschaft, Geldhinterlegung usw. Sicherheit geleistet werden kann, unter Umständen auch muß, und daß das Anwartschaftsrecht besonders im Konkurse als vermögensrechtliches Gut behandelt wird[68]), so dürfte es wohl zweifellos sein, daß die Anwartschaft ein subjektives Recht ist[68a]) und nicht nur ein einfacher Wartezustand.[69]) Durchaus unzutreffend ist aber die Ansicht von Semeka[70]), der ein subjektloses Wartrecht annimmt. Subjektlose Rechte gibt es nicht und kann es auch nicht geben, denn mit diesen könnte keine Rechtsordnung etwas beginnen. Ist dennoch einmal der Fall des subjektlosen Rechtes scheinbar gegeben, so hilft uns der Begriff der Fiktion über etwa entstehende Schwierigkeiten hinweg.

Betont sei noch, daß das Warterecht bereits für die Gegenwart besteht, also nicht erst in der Zukunft zur Entstehung gelangt, weshalb auch die von Enneccerus gebrauchte Bezeich-

---

[65]) v. Tuhr, a.a.O., § 8. Ueber die verschiedenen Begriffsbestimmungen des subjektiven Rechtes vgl. Biermann a.a.O., § 12, 3.

[66]) Walsmann, Der Verzicht, Leipzig 1912, S. 221 ff.

[67]) Vgl. u. a. Biermann a.a.O., § 81, 3, e; Dernburg a.a.O., § 154, II, 4; Enneccerus a.a.O., I, 1, § 185, 1, c (S. 513).

[68]) Vgl. §§ 67, 168 Nr. 2, 169 K.O., ebenso § 154 K.O., § 916, Abs. 2, Z.P.O.

[68a]) So auch Walsmann, S. 141 ff.: Solche Anwartschaften tragen bereits selbst den Chrarakter des subjektiven Rechts: sie sind ausschließliche Befugnisse des Berechtigten.

[69]) So Brecht a.a.O., S. 273 ff.

[70]) a.a.O., S. 173 ff.; vgl. auch seine Ausführungen auf S. 127, wo er das Wartrecht als einen Ersatz für die Fiktion darzustellen versucht.

nung „schwebende Anwartschaftsrechte" nicht paßt.[71]) In der Zukunft entsteht lediglich das bereits fest umgrenzte Vollrecht durch Umbildung des Anwartschaftsrechtes, d. h. das Vollrecht entsteht mit Eintritt der Bedingung ipso iure, also ohne jede Erwerbshandlung.[71a])

Somit können wir die Anwartschaft definieren als das gegenwärtige, einem bestimmten Rechtssubjekt zustehende, subjektive Recht auf den Erwerb eines zwar in der Zukunft liegenden, aber bereits in der Gegenwart fest umgrenzten und damit auch in seinem Inhalt bestimmten Vollrechtes. Ist das künftige Vollrecht übertragbar, insbesondere veräußerlich und vererblich, pfändbar und verpfändbar, so gilt das gleiche von dem Anwartschaftsrecht.

---

§ 5.

Das Besitzrecht des Käufers während der Pendenz.

Neben dem eben erörterten Anwartschaftsrecht hat der Vorbehaltskäufer nun weiterhin während der Schwebezeit ein Besitzrecht, das sich insofern als Ausfluß des Anwartschaftsrechtes darstellt, als das Besitzrecht, das sich aus der aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung und somit auch aus dem Anwartschaftsrecht[72]) ergibt, ohne Anwartschaftsrecht nicht möglich ist.[73]) Wie stellt sich nun dieses Recht zum Besitz dar? Diese Frage kann nach dem bereits vorher Gesagten kurz abgetan werden. Der bedingt Berechtigte kann die Sache nutzen, verpachten, vermieten, selbst pfänden und sogar veräußern (Walsmann a. a. O.). Er muß aber wie ein Nichteigentümer verfügen, denn wir haben wiederholt gesehen, daß solche Verfügungen des bedingt Berechtigten, die ein Eigentumsrecht voraussetzen, unwirksam sind, so lange, bis die Bedingung eintritt oder Konvaleszenz gemäß § 185 BGB vorliegt. Zu beachten ist aber, daß nach §§ 932 ff. BGB. bei derartigen Verfügungen gutgläubige Dritte geschützt werden (Vgl. § 161 III BGB.). Die im Innenverhältnis durch den dinglichen Vertrag sich ergebende Verfügungsbeschränkung des Käufers wirkt nicht nach außen gegen Dritte, es sei denn, daß diesen die Beschränkung bekannt war.[74]) Ebensowenig ist der Käufer beim

[71]) Vgl. S. 22 der Arbeit.

[71a]) Vgl. auch Enneccerus a.a.O., § 185, 1, d (S. 513).

[72]) Das Anwartschaftsrecht gelangt erst zur vollen Entstehung mit der unter der aufschiebenden Bedingung vorgenommenen Eigentumsübertragung. Denn da der zugrunde liegende Kaufvertrag unbedingt abgeschlossen ist, kann mit seinem Abschluß ein Anwartschaftsrecht unmöglich entstehen.

[73]) Wohl aber ist der umgekehrte Fall denkbar: ich kann ein Anwartschaftsrecht haben, ohne deswegen den Besitz erlangen zu müssen.

[74]) Hierzu v. Staudinger a.a.O., Erläuterung II, 3 zu § 455; Endemann a.a.O., § 160 a, 1, 2; Staub a.a.O., Anm. 64.

Erwerb gutgläubiger Dritter geschützt, da diesen bei solchen Verfügungen des Verkäufers, die er gemäß § 161 Abs. 1 BGB. während der Pendenz nicht vornehmen durfte, der Absatz 3 des § 161 BGB. zur Seite steht. Haftete oben der Käufer dem Verkäufer aus unerlaubten Handlungen, so begründet im letzteren Fall die Schadensersatzpflicht des Verkäufers der schon erwähnte § 160 BGB.

Ein klares Rechtsbild des Besitzrechtes während des Schwebezustandes erhält man aber erst, wenn man die Rechtslage daraufhin prüft, ob der Käufer unmittelbarer, der Verkäufer mittelbarer Besitzer ist. Grundlage eines solchen Verhältnisses bildet stets § 868 BGB., der lautet: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Liegt eins der aufgeführten Rechtsinstitute als Nießbrauch, Pacht usw. vor, so ist ja die Rechtslage eine ganz klare. Anders, wenn zu entscheiden ist, ob ein „ähnliches Verhältnis" im Sinne des § 868 vorliegt oder nicht. Zunächst einmal ist diesen ähnlichen Verhältnissen gemeinsam, daß sie alle nur auf Zeit zum Besitz berechtigen dürfen. Es muß also eines Tages der Zeitpunkt eintreten, an dem das Recht zum Besitz einem anderen gegenüber erlischt. Selbstverständlich ist nicht erforderlich, daß dieses Besitzverhältnis gerade durch Herausgabe an den bisherigen mittelbaren Besitzer endigen muß, denn das steht weder im Gesetz, noch läßt es sich aus diesem durch Analogie, Interpretation oder dergl. entnehmen. Staudinger[75]) führt hier mit Recht das Beispiel des Kaufes unter Eigentumsvorbehalt an, bei dem mit Eintritt der Bedingung der bisherige unmittelbare Besitzer Eigentümer der Sache wird. Sehr richtig bemerkt v. Staudinger weiter, daß der unmittelbare Besitzer stets auf Kosten des mittelbaren erwerbe. Das ist bei der aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung der Fall, denn mit dieser, mit dem Entstehen des Anwartschaftsrechtes des Käufers, trennt der Verkäufer einen Bestandteil seines Vermögens ab. Beizupflichten ist auch einer Reichsgerichtsentscheidung im Bd. 49, S. 170 ff., die nicht nur die Beschränkung des Besitzrechtes auf eine bestimmte Zeit als Kriterium des „ähnlichen Verhältnisses" gelten läßt, sondern weiter fordert, „daß durch ein konkret bestimmtes obligatorisches oder infolge von Bestellung eines dinglichen Rechtes an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitz von dem anderen ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet sein müsse."

---

[75]) III. Bd., 1926, § 868, I, 2, a und III, 2, h.

Gleicher Ansicht wie v. Staudinger ist auch Wolff.[76]) Er führt aus, daß vor allem ein Rechtsverhältnis erforderlich sei, „das ein Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers gegen den Mittler erzeuge." Unbedingtheit und Unbetagtheit des Anspruchs sei nicht nötig. Es ist nach Wolff beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt der Verkäufer deswegen mittelbarer Besitzer, weil der Käufer bis zur Zahlung des Kaufpreises nicht in Ausübung gegenwärtigen Eigentums besitze.[77])

Dieser Standpunkt wird im allgemeinen auch von anderen Schriftstellern vertreten, und besonders hat ihn das Reichsgericht zur Grundlage seiner Rechtsprechung gemacht.[78]) Anderer Ansicht sind von bekannten Autoren allerdings Planck, Endemann und Biermann[79]), doch gehen sie von einer zu engen Begriffsbestimmung aus. Insbesondere ist die Auffassung von Planck unhaltbar, daß der Kauf unter Eigentumsvorbehalt deswegen kein „ähnliches Verhältnis" im Sinne des § 868 BGB. erzeuge, weil der Kauf an und für sich —, und daher auch alle um ihn sich gruppierenden Verhältnisse — keinem der im § 868 BGB. genannten Verhältnissen ähnlich sei. Ich will dem nur entgegenhalten, daß Kauf und Kauf unter Eigentumsvorbehalt allein wegen ihrer ganz verschiedenen dinglichen Rechtswirkungen keineswegs zusammen behandelt werden können.

Biermann selbst muß zugeben, daß die Frage sehr bestritten sei, und daß vor allem die Judikatur des Reichsgerichts einen entgegengesetzten Standpunkt einnähme.

Erwähnt sei hier noch Geißler, der sich im allgemeinen dem Standpunkt des Reichsgerichts anschließt.[80]) Er führt dann weiter aus, daß der Herausgabeanspruch gemäß § 870 BGB. zur Lösung der in § 868 BGB. geforderten „Aehnlichkeit" führen müsse und daß der Besitzmittler stets auf Kosten des fremden Vermögens erwerbe. Er schließt sich damit also weiterhin der Ansicht von Wolff und der von Staudinger an.[81])

---

[76]) Enneccerus-Kipp-Wolff, II, 1, Marburg 1923, § 8, S. 22.

[77]) a.a.O., S. 24.

[78]) Vgl. RGE., Bd. 49, S. 170 ff., 54, S. 396 ff. und 69, S. 197 f. Letztere betont ausdrücklich, daß das Reichsgericht an der Entscheidung Bd. 54, S. 396, festhalte und verwahrt sich dagegen, daß diese Entscheidung nur eine „gelegentliche Bemerkung" dargestellt habe.

[79]) Planck, III. Bd. 1920, § 868, 2, b, β; Endemann, II. Bd., 1. Abt. 1905, § 32, 2, a; Biermann, 3. Buch, 1914, § 868, 2, b.

[80]) In J.W. 1905, S. 521 ff.

[81]) Vgl. auch noch J.W. 1912, S. 144, Nr. 21 und J.W. 1913, S. 432, Nr. 10. — In J.W. 1913, S. 432 wird das Erfordernis des Herausgabeanspruches geleugnet. Es ist aber zu beachten, daß die Literatur auch einen bedingten Herausgabeanspruch für zulässig erklärt, woraus, wie beim Eigentumsvorbehalt, von selbst folgt, daß nach Zeitablauf nicht immer eine Herausgabe an den bisherigen mittelbaren Besitzer erfolgen muß. Derselben Ansicht Staub a.a.O., Anm. 67, dagegen Heckelmann in der L.Z. 1915, S. 1429 ff.

Wir können also feststellen, daß der Eigentumsvorbehalt ein „ähnliches Verhältnis" im Sinne des § 868 BGB. darstellt, vermöge dessen der Käufer dem Verkäufer gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt ist. Daraus folgt weiter, daß beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt während der Pendenz der Käufer unmittelbarer, der Verkäufer mittelbarer Besitzer ist.

Unmöglich können wir nach diesen Erörterungen weitere Rechtswirkungen der Pendenz untersuchen, ohne zur Frage des nachträglichen Eigentumsvorbehaltes Stellung genommen zu haben, eine Frage, die ja eng mit den Gedankengängen, die sich aus § 868 BGB. ergeben, verknüpft ist.

---

§ 6.

Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt.

Zur Erläuterung der Rechtslage diene folgendes Beispiel: A hat mit B einen Kaufvertrag geschlossen, in dem vereinbart worden ist, daß B den Kaufpreis erst in 3 Monaten zu zahlen verpflichtet ist, während A die Sache dem B, den er gut kennt, sofort zu Eigentum zu übergeben hat. Nach einem Monat stellt sich nun aber heraus, daß B infolge verschiedener Geschäftsrückschläge in absehbarer Zeit nicht imstande sein wird, den vereinbarten Kaufpreis an A zu zahlen. Infolgedessen vereinbart jetzt A mit B, daß ihm, dem A, bis zur Zahlung des preises das Eigentum an der Kaufsache vorbehalten sein solle.

Hier entsteht nun die große Frage, ob ein derartiger nachträglich, also nach Abschluß des eigentlichen Kaufvertrages, zwischen den Parteien vereinbarter Eigentumsvorbehalt rechtswirksam ist[81a]). Fest steht, daß eine obligatorische Wirksamkeit zwischen den Parteien, also im Innenverhältnis, vorhanden ist, denn dieser steht irgendeine Gesetzesvorschrift nicht entgegen. Bleibt also zu untersuchen, ob eine derartige Vereinbarung in dinglicher Beziehung, besonders Dritten gegenüber, eine rechtliche Wirkung hervorrufen kann.

Wenn wir in dieser Frage zunächst einen Blick auf die Rechtsprechung unseres obersten Gerichtshofes werfen, so müssen wir gleich die Tatsache konstatieren, daß das Reichsgericht in entschiedenster Weise die Gültigkeit eines nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehaltes ablehnt[82]). Zu diesem

---

[81a]) Als ältere Darstellung auf diesem Gebiet vgl. die Ausführungen von Duncker a.a.O., § 12, S. 89 ff., der für die Gültigkeit des nachträglichen Eigentumsvorbehaltes die bloße Parteivereinbarung genügen läßt, wobei er in diesem Vorgang aber eine neue Eigentumserwerbung sieht.

[82]) So RGE. Bd. 49, S. 170 ff.; Bd. 54, S. 396 ff.

Resultat gelangt das Reichsgericht durch folgende Erwägungen: Es soll dem Verkäufer, der die Kaufsache unbedingt verkauft und dem Käufer zu Eigentum übertragen hat, durch den nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehalt das Eigentum an der beweglichen Kaufsache wieder verschafft werden. Nach § 929 BGB. gehört aber zur Eigentumsverschaffung an einer beweglichen Sache außer der Einigung über den Uebergang auch die Uebergabe der Sache. Soll diese vermieden werden, so müssen die Parteien gemäß § 930 BGB ein Rechtsverhältnis vereinbaren, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt (constitutum possessorium), d. h. also, es müssen die Parteien eins der im § 868 BGB. angeführten Verhältnisse oder ein diesen ähnliches Verhältnis vereinbaren. Nun sei zwar — nach Ansicht des Reichsgerichts — der ordnungsmäßig nach § 455 BGB. vereinbarte, also der bei Vertragsschluß vereinbarte, Eigentumsvorbehalt als ein derartiges „ähnliches Verhältnis" anzusehen, nicht aber der nachträgliche Eigentumsvorbehalt. Bei diesem handele es sich nur um ein abstraktes constitutum possesorium, „es fehle das konkrete Rechtsverhältnis, dessen Hinzutritt erforderlich sei, wenn das constitutum possesorium als Aequivalent der körperlichen Uebergabe das Erfordernis des dinglichen Vertrages erfüllen solle." Es muß — um die schon S. 26 angeführten Worte der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 49 S. 170 ff, besonders S. 173, zu wiederholen — ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des unmittelbaren Besitzers begründet werden[83]).

Was die Literatur anbelangt, so teilt Wolff[84]) den Standpunkt des Reichsgerichts, wenn er die Forderung aufstellt, es müsse ein wirkliches Besitzmittlungsverhältnis geschaffen werden, ein sogenanntes „individualisiertes Konstitut". Es sei aber eine ausdrückliche Vereinbarung nicht nötig, es genüge, daß sich das Besitzmittlungsverhältnis aus den Umständen ergebe[85]).

Biermann[86]) macht ähnliche Ausführungen und verweist gleichfalls auf die beiden Reichsgerichtentscheidungen. Unlogisch ist aber seine Folgerung aus der Reichsgerichtsentscheidung im Bd. 54, S. 397 und aus der im Bd. 69, S. 197, wenn er sagt, man müsse konsequenterweise auch den nachträglichen Eigentumsvorbehalt als einen Anwendungsfall des constitutum possessorium gelten lassen, wenn man mit den beiden letzten Reichsgerichtsentscheidungen der Meinung sei, daß durch einen

---

[83]) Vgl. auch RGE. Bd. 95, S. 106 f., wo ausgeführt wird, daß die Uebergabe unter Eigentumsvorbehalt dem Käufer nicht die volle rechtliche Herrschaft über die Sache verschaffe, ihn nicht zum Eigenbesitzer, sondern nur zum Verwahrer und Verwalter mache.

[84]) a.a.O., § 67, S. 195 ff.

[85]) Voraussetzung ist hierbei aber natürlich, daß die Erfordernisse des § 868 BGB. erfüllt sind.

[86]) a.a.O., § 930, 1, d.

beim Kaufabschluß selber erfolgenden Eigentumsvorbehalt sich der Verkäufer den Besitz erhalte[87]).

Aehnliche, rechtlich gleichfalls unhaltbare Ausführungen machen Cosack-Mitteis[88]). Auch sie lehnen zunächst ein abstraktes Konstitut als nicht ausreichend ab, um dann fortzufahren: „Im übrigen ist es nicht unbedingt erforderlich, daß gerade das von den Parteien festgesetzte Rechtsverhältnis gültig zustande kommt. Wenn nur irgend ein Herausgabeanspruch obligatorischer Natur zwischen den Parteien besteht, so genügt er, um als Unterlage für das eigentumübertragende Besitzkonstitut zu dienen"[87]).

Von Kommentatoren sei noch v. Staudinger[89]) erwähnt, der eine bloße Vereinbarung, also ein abstraktes Konstitut, ebenfalls für unzureichend erklärt und diesem nur eine obligatorische Wirkung zukommen läßt. Auch er gibt allerdings eine Einschränkung, wenn er ausführt: „Es kann aber im Einzelfall in den neuerlicheren Vereinbarungen der Vertragsteile eine Grundlage für die Annahme eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 868 BGB. gefunden werden (z. B. Einräumung eines Besitz- und Nutzungsrechtes für den Käufer und Aenderung der Vertragsverhältnisse nach Art eines Vergleichs), woraus sich dann auch die volle Rechtswirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehaltes ergibt."

Bevor ich meine eigene Auffassung darlege, kann ich nicht umhin, auch noch auf die Ausführungen von Flechtheim und Simmet[90]) einzugehen, weil sie in sehr beachtlichen Ausführungen gegen die Ansicht des Reichsgerichts Stellung nehmen.

Flechtheim führt zunächst den Inhalt der bekannten Reichsgerichtsentscheidung an, wonach es bei der bloßen nachträglichen Vereinbarung der Parteien, es solle der Verkäufer wieder Eigentümer sein, an einem konkret bestimmten Rechtsverhältnisse fehle, kraft dessen der Verkäufer als mittelbarer, der Käufer als unmittelbarer Besitzer anzusehen sei. Eine Aenderung sei nur in der Willenslage der Parteien eingetreten, diese sei aber nicht ausreichend.

Hierzu sagt Flechtheim, das Reichsgericht bewege sich in scholastisch-konstruktiven Bahnen. Die dingliche Wirksamkeit des nachträglichen Eigentumsvorbehaltes werde aus einer juristisch-logischen Interpretation des § 868 BGB. entwickelt, nicht aber aus dem Zwecke des Vorbehalts und aus den Zwecken der die Eigentumsübertragung regelnden §§ 929, 930 BGB. Er versucht weiter die Unhaltbarkeit und leichte Umgehung der in

---

[87]) Hierüber näheres unten, S. 31 ff.
[88]) Lehrbuch d. bürgerl. Rechtes, II. Bd., Jena 1924, § 38 II, 1.
[89]) a.a.O., § 930, 1, b, β u. γ.
[90]) Flechtheim, der nachträgliche Eigentumsvorbehalt in J.W. 1911, S. 345 ff.; Simmet, Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes nach Uebereignung der Kaufsache in J.W. 1911, S. 705 ff.

den Reichsgerichtentscheidungen ausgesprochenen Gedankengänge nachzuweisen, indem er auf ein Urteil des O.L.G. Düsseldorf vom 13. Juli 1909 Bezug nimmt, das folgenden Fall behandelt: X hat 1903 dem Y eine Stute für 500 M. verkauft und übereignet. Y kommt mit seinen Abschlagszahlungen in Verzug. Daraufhin vereinbaren 1907 die Parteien schriftlich, daß das Pferd bis zur Zahlung des Restes von 307 M. Eigentum des X bleiben solle, während Y zu einer neu geregelten Abtragung des Kaufpreises verpflichtet wird. Da Y nun wieder in Verzug kommt, verlangt X die Herausgabe des Pferdes. Das OLG. hat die Gültigkeit des Eigentumsvorbehaltes anerkannt, da 1907 Y die Stute an X zurückverkauft, und X sie wiederum sofort an Y unter Eigentumsvorbehalt zurückzurückverkauft habe. Der veränderte Kaufpreis und die veränderten Ratenzahlungsbedingungen werden dem erhobenen Einwand gegen die Ernstlichkeit des Geschäftes entgegengehalten.

Im weiteren Verlauf seiner Ausführungen legt Flechtheim dar, daß obligatorische Wirkungen zweifellos entständen, und daß die ganze Frage überhaupt nur eine Rolle in Bezug auf Dritte spiele, z. B. bei der Interventionsklage aus § 771 ZPO. Er greift dann weiter das OLG. Düsseldorf an und versucht dann darzulegen, daß auch der nachträglich vereinbarte Eigentumsvorbehalt als ein „ähnliches Verhältnis" im Sinne des § 868 BGB. anzusehen sei.

Zuzugeben ist, daß sich das Reichsgericht bei seinen Erwägungen in scholastisch-konstruktiven Bahnen bewegt. Aber muß es das nicht tun? Kann man denn in ein Gesetz den Inhalt hineininterpretieren, den man gern aus ihm herauslesen möchte? Nein, man kann es nicht! Ich gebe zu, es ist eigentlich ein Nonsens und wird dem Laien auch schwer begreiflich sein, daß ein nachträglicher Eigentumsvorbehalt selbst dann nicht gültig sein soll, wenn beide Parteien im vollen Einverständnis gehandelt haben. Wir haben uns nun aber einmal an die bestehenden Gesetze zu halten, mögen sie uns oft auch noch so unbequem erscheinen. Wünschen wir also eine Aenderung des bestehenden Zustandes, meinen wir das bestehende Gesetz sei in seiner praktischen Auswirkung unhaltbar, so müssen wir den Hebel an die Gesetzgebung legen und nicht an die Judikatur, die nur auf Grund eines bestehenden Gesetzes erfolgen kann und erfolgt. Es ist ganz ausgeschlossen, daß eine bloße Verabredung der Parteien das nun einmal erforderliche „ähnliche Verhältnis" schaffen kann. Es ist unzutreffend, wenn Flechtheim sagt, eine Aenderung der Willenslage der Parteien reiche zum Eigentumsübergang aus, auch ohne Aenderung der Beziehungen in der Außenwelt. Diese kann nach dem Gesetz eben nur ausreichen, wenn gleichzeitig ein Verhältnis der im § 868 BGB. geforderten Art zwischen den Parteien geschaffen wird. Gewiß, nach außen braucht diese Aenderung nicht in Er-

scheinung zu treten, das bedingt doch aber noch nicht, daß die Parteien nach innen völlig freien Spielraum haben. Natürlich bewirkt auch die nachträgliche Hinzufügung des Eigentumsvorbehaltes stark einschneidende Veränderungen im obligatorischen Vertrag, aber diese reichen doch keineswegs aus, um den Verkäufer wieder zum Eigentümer zu machen. Das Urteil des OLG. Düsseldorf ist durchaus zutreffend, ohne deswegen die Ansicht des Reichsgerichts „ad absurdum" zu führen. Mit v. Staudinger ist zuzugeben, daß unter Umständen die Parteivereinbarungen so gehalten sein können, daß sich aus ihnen ein „ähnliches Verhältnis ergibt. Dieser Fall ist im angeführten Urteil gegeben, er ist aber nicht gegeben, wenn B zu A sagt: „Gut, ich bin mit meinen Zahlungen in Verzug gekommen. Sobald ich zahlen kann, sollst Du Dein Geld haben. Solange bin ich damit einverstanden, daß Du von jetzt ab wieder Eigentümer bist!"

Aus der bedingten Eigentumsübertragung erlangt, — wie wir gesehen haben — der Käufer ein Besitzrecht. Die Voraussetzungen des § 868 BGB. sind erfüllt. Auf welches Rechtsverhältnis stützt sich aber im Fall des nachträglichen Eigentumsvorbehaltes der Käufer sein Besitzrecht, nachdem der ursprüngliche Kaufvertrag nicht mehr besteht? Im Ernst wird doch wohl niemand behaupten wollen, daß der alte Kaufvertrag und der neue mit der Vorbehaltsklausel identisch seien.

Ich kann mich deshalb nur der Meinung des Reichsgerichts anschließen und stelle mich somit auch in Gegensatz zu der Auffassung von Cosack-Mitteis und besonders zu der von Biermann, die den Parteivereinbarungen einen zu weiten und willkürlichen Spielraum lassen. Die Auffassung von Biermann krankt vor allem daran, daß er den beim Vertragsabschluß hinzugefügten und den nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehalt identifiziert, was ein Ding der Unmöglichkeit ist und zu Folgerungen führt, die zu den Worten des geschriebenen Gesetzes im krassen Widerspruch stehen[91]).

Darum setze man den Schlußsatz Flechtheims: „Es muß das oberste Prinzip der Rechtsprechung sein, jedem wirtschaftlich berechtigten Vorgang ohne jede Konstruktion und Ummodelung zu seiner rechtlichen Anerkennung zu verhelfen" über die Gesetzgebung, nicht aber über die Rechtsprechung.

In ähnlichen Bahnen bewegen sich die Ausführungen von Simmet, der einen neben dem Kaufvertrag abgeschlossenen Gebrauchsüberlassungsvertrag konstruiert, da das bestehende Gebrauchsrecht aus dem Kauf an sich nicht folgen könne. Ab-

---

[91]) Es ist auch zu beachten, daß die unter Vorbehalt des Eigentums übergebene Sache mit Abschluß des Kaufvertrages noch keineswegs endgültig aus dem Machtbereich des Verkäufers ausscheidet. Vgl. Schmidt, die Wirksamkeit des nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehaltes, Diss., Greifswald 1913, S. 30. Schmidt kommt im übrigen zu demselben Ergebnis wie diese Arbeit. Vgl. besonders S. 44 f.

gesehen davon, daß gerade der Kauf unter Eigentumsvorbehalt ein derartiges Gebrauchsrecht schon in sich schließt, hilft doch diese Konstruktion keineswegs über die bestehenden Schwierigkeiten hinweg, selbst dann nicht, wenn man in Betracht zieht, daß das Gebrauchsrecht des Vorbehaltskäufers nicht Ausfluß des Eigentums ist. Es muß die Frage beantwortet werden: „Auf welche Weise wird durch Hinzufügen des nachträglichen Eigentumsvorbehaltes der Verkäufer wieder Eigentümer?" Und da vermag die Konstruktion von Simmet eine befriedigende Antwort nicht zu geben.

Blicken wir auf das durch die §§ 5 und 6 gewonnene Ergebnis zurück, so sehen wir, daß der Vorbehaltskäufer in der Tat auf Grund seiner Stellung als unmittelbarer Besitzer ein starkes Besitzrecht an der Kaufsache hat. Hieraus folgt auch, daß beim Verkauf der Sache durch den Käufer ein gutgläubiger Dritter durch körperliche Uebergabe Eigentümer wird. Ein constitutum possessorium genügt hier nicht.

---

§ 7.

Die Gefahrtragung.

Wir können unsere Erörterungen über die rechtlichen Wirkungen während des Schwebezustandes nicht abschließen, ohne noch einen wesentlichen Punkt ausführlicher betrachtet zu haben. Fast von selbst drängt sich beim Betrachten der Pendenz die Frage auf: „Wer trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges und der zufälligen Verschlechterung der Kaufsache?" Werfen wir einen Blick auf die Literatur, so sehen wir sehr bald, daß die Autoren sich in zwei Lager gespalten haben: die einen lassen den Verkäufer die Gefahr tragen, die anderen den Käufer.

Kein Zweifel kann darüber herrschen, daß der Verkäufer in jedem Fall die Gefahr des Eigentumsverlustes trägt (periculum rei), denn er ist ja bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung noch Eigentümer der verkauften Sache.[92])

Das Gesetz hat die Frage der Gefahrtragung während schwebender Bedingung nicht geregelt. Es behandelt im § 446, Abs. 1 BGB. nur den regulären Kauf nach § 433 BGB. und sagt: „Mit der Uebergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Uebergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache."

Zunächst ist zu sagen, daß die Grundsätze des § 446 BGB. durchaus auf § 455 BGB. anzuwenden sind, denn wie wir gesehen

---

[92]) So v. Staudinger a.a.O., Erläuterung II, 7 zu § 455, besonders auch Bemerk. I zu § 446; Staub, Anm. 67; Jaffé, S. 51; Lilienfeld, S. 64.

haben, ist der Kaufvertrag auch in diesem Fall unbedingt geschlossen.[93]) Es fragt sich nun aber, welche Bedeutung der Gesetzgeber dem Worte „Uebergabe" beilegen wollte. Meinte er damit Eigentums- oder nur Besitzverschaffung? Betrachten wir andere Gesetzesstellen, so kann die Antwort kaum anders lauten, als: Besitzverschaffung. Das ergibt sich deutlich aus § 433 BGB., wo Uebergabe und Eigentumsverschaffung ausdrücklich getrennt werden und weiter aus §§ 930, 931 BGB. u. a.[94]) In Betracht zu ziehen ist hier auch der Umstand, daß der Käufer, wenn auch nicht die volle rechtliche Herrschaft, so doch eine weitgehende, man kann ruhig sagen uneingeschränkte tatsächliche Herrschaft hat, denn wir haben ja gesehen, daß er alle Verfügungen treffen kann, sofern sie nicht ein Eigentumsrecht voraussetzen. Es kann doch nicht bezweifelt werden, daß mit der Uebergabe die Sache jeder tatsächlichen Einwirkung des Verkäufers entzogen ist.

Bedenkt man weiter, daß die Parteien selbst sich darüber einig sind, daß der Käufer wie ein Eigentümer behandelt werden soll, daß er alle Nutzungen der Sache hat, und daß der Eigentumsvorbehalt lediglich zum Zwecke der Sicherung des Verkäufers hinzugefügt worden ist, so muß man unbedingt zu dem Schluß kommen, daß auch beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt mit der Uebergabe der Sache die Gefahr (periculum obligationis) auf den Käufer übergeht[95]), d. h. also der Käufer muß trotz eines zufälligen Unterganges oder einer zufälligen Verschlechterung der ihm übergebenen Kaufsache den gestundeten Kaufpreis bezw. die Raten an den Verkäufer zahlen. Eine unbillige Härte kann hierin nicht gefunden werden, eben aus dem Grunde nicht, weil der Käufer eine derartige Machtstellung, eine „Quasieigentümerstellung" hat und infolgedessen auch die sich daraus ergebenden Konsequenzen tragen muß. Die gleiche Ansicht kommt auch in einer Reichsgerichtsentscheidung im Bd. 85 S. 320 ff. zum Ausdruck, die ebenfalls betont, daß unter einer Uebergabe zur Erfüllung des Kaufvertrages im Sinne des § 446 BGB. nur eine Besitzverschaffung gemeint sein könne (Folgerung aus § 433 BGB.). Hierzu stimme auch § 447 BGB., „nach dessen klarem Inhalt im Falle der Uebersendung die Gefahr sogar schon dann übergeht, wenn der Käufer das Seinige getan hat, um die Uebergabe zu vollziehen, also zweifellos vor dem Uebergang des Eigentums."

---

[93]) Ist der Kaufvertrag selbst bedingt geschlossen, so kann selbstverständlich erst mit Eintritt der Bedingung die Gefahr übergehen. Vgl. Crome a.a.O., § 213, 3, a; Kohler, Lehrbuch d. bürgerlichen Rechts, II. Bd., Berlin 1906, § 93, II.

[94]) Vgl. hierzu v. Staudinger a.a.O., II, 7; Jaffé, S. 52.

[95]) Vgl. Kohler a.a.O., § 93, II; Staub, Anm. 67; v. Staudinger, II, 7; Planck, Anm. 2, d (letzterer vertrat früher die entgegengesetzte Meinung); Jaffé, S. 53; Lilienfeld, S. 69. Neuerdings scheint auch Dernburg diese Auffassung zu billigen, wie man aus den bei Planck a.a.O. gemachten Angaben schließen kann. In der Aufl. 1 u. 2 1899 war Dernburg entgegengesetzter Ansicht.

Anderer Ansicht sind allerdings auch viele Autoren, insbesondere Oertmann[96]), Endemann[97]), Cosack[98]) und wohl auch Crome, obwohl der letztere sich nicht ganz klar ausdrückt, indem er den Begriff der Uebergabe nicht scharf genug scheidet in Uebergabe im Sinne von Eigentumsverschaffung und in solche im Sinne von bloßer Besitzverschaffung.[99])

Diese Autoren begründen ihre entgegengesetzte Auffassung vor allem mit einer anderen Interpretation des § 446 BGB., indem sie Uebergabe = Eigentumsverschaffung setzen. Da bei der bedingten Eigentumsübertragung Eigentum natürlich nicht übergeht, so muß dann folglich auch die Gefahr beim Verkäufer bleiben. Ich brauche hierüber nichts Näheres zu sagen, da ich schon nachgewiesen habe, daß diese Auslegung des § 446 BGB. nicht haltbar ist. Man soll natürlich nicht nur am starren Wort haften und auch die Interessenlage der Parteien berücksichtigen, aber gerade dann ergibt sich, daß der Käufer die Gefahr tragen muß. Man muß selbstredend auf einen gerechten Ausgleich zwischen den Parteien bedacht sein[100]), aber gerade da ergibt sich auch wieder, daß der Verkäufer unmöglich die Gefahr tragen kann, da ihm ja schon jede tatsächliche Herrschaft über die Sache genommen ist, und wo bliebe da vor allem der Sicherungszweck des Eigentumsvorbehaltes? Nein, die Argumente der Gegner sind schwach und halten einer längeren Prüfung nicht stand, selbst wenn man mit Oertmann eine analoge Anwendung der Beweislast aus § 282 BGB. annehmen wollte. Es ist doch entschieden gerechter und zweckmäßiger, daß der Schuldner seine Schuldlosigkeit am Untergang der Sache beweist, als der Gläubiger, der nichts mehr von der Sache hört und sieht.

§ 8.

Das Ende der Pendenz.

Es ist klar, daß zu einem bestimmten Zeitpunkt der erörterte Schwebezustand ein Ende nehmen muß. Das besagt ja schon sein Name. Dieses Ende kann nach der positiven wie nach der negativen Seite eintreten, d. h. es tritt entweder die Bedingung ein oder sie fällt aus. Im ersteren Fall treten endgültig die vollen Rechtswirkungen ein, im letzteren wird der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt.

---

[96]) Bemerk. 6 zu § 455.

[97]) § 160 a, 1, 2, Anm. 22.

[98]) § 183, I, 2, b, Beispiel II.

[99]) § 213, 1, a, vgl. auch 1, b u. Anm. 22; Fußhöller, S. 24 ff. hat sich der Ansicht dieser Schriftsteller ebenfalls angeschlossen.

[100]) Oertmann a.a.O.

Betrachten wir nun einmal zusammenhängend — vereinzelt mußte diese Frage ja schon im Verlauf der Arbeit berührt werden — unter welchen Voraussetzungen die Bedingung als eingetreten zu gelten hat.

Gemäß § 455 BGB. ist im Zweifel die Uebertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt. Die Zahlung muß eine vollständige sein, d. h. der gesamte Kaufpreis bezw. sämtliche noch fälligen Raten müssen bezahlt sein. Steht also auch nur eine einzige Teilzahlung noch aus, so ist die Bedingung noch nicht eingetreten. Insbesondere verschaffen Teilzahlungen,, wie Staub sehr richtig sagt, nicht etwa „Eigentum zu einem ideelen Teil".[101]) Selbstverständlich ist das Erfordernis der Rechtzeitigkeit der Zahlung, weshalb es auch keine Aufnahme im Gesetz zu finden brauchte. Ist ein bestimmter Zahlungstermin vereinbart, so ergibt sich hieraus die Rechtzeitigkeit der Kaufpreiszahlung, ist diese Vereinbarung nicht getroffen worden, so muß ein den Umständen und der Interessenlage der Parteien entsprechender Termin als vereinbart gelten. Der letztere Fall wird ja praktisch selten vorkommen, da wohl kein Verkäufer dem Käufer auf unbestimmte Zeit den Kaufpreis kreditieren wird. Außerdem wäre auch in diesem Fall keine Abgrenzung des in der Definition der Bedingung enthaltenen Begriffes des „für menschliches Wissen ungewissen Umstandes" möglich. Allerdings ist der Umtand ungewiß, aber der Eintritt der Bedingung hängt vom Eintritt des Umstandes ab. Wenn nun durch immer wieder hinausgeschobene Kaufpreiszahlung der Eintritt des Umstandes und somit der Bedingung verzögert wird, so nähern wir uns bedenklich der Grenze, jenseits welcher es heißt: die Bedingung ist ausgefallen, weil ihr Eintritt offenbar unmöglich ist.

Durch vollständige und rechtzeitige Zahlung ist also die Bedingung eingetreten. Bei Zahlungsverzug kann der Käufer sein Rücktrittsrecht geltend machen, das schon auf S. 19 f. der Arbeit behandelt worden ist.

Dieselbe Wirkung wie die eigentliche Zahlung rufen auch die Erfüllungssurrogate hervor. Zu diesen gehören Aufrechnung (§ 387 BGB.), Hinterlegung (§ 372 BGB.), Erlaß (§ 397 BGB.) und Leistung an Erfüllungstatt (datio in solutum).[102]) Bei der Hinterlegung ist aber zu beachten, daß eine Zurücknahme der hinterlegten Sache — in unserem Fall also des Kaufgeldes — nicht möglich sein darf, da sie sonst nicht als Erfüllung gilt.

In diesem Zusammenhang muß auch darauf hingewieen werden, daß die Leistung durch einen Dritten ebenfalls den Eintritt der Bedingung herbeiführen kann. Gemäß § 267 BGB. kann ein Dritter

---

[101]) a.a.O., Anm. 72; vgl. zu diesen und den folgenden Ausführungen auch Jaffé, S. 25 ff.; Lilienfeld, S. 43 ff.; Bade, S. 54 ff. u. Fußhöller, S. 36 ff.

[102]) Vgl. Karff a.a.O., S. 15, Lilienfeld a.a.O., S. 44. — Bei der datio in solutum bringt der Schuldner eine andere als die geschuldete Leistung mit Einverständnis des Gläubigers ein. Vgl. § 364, Abs. 1 BGB.

dann die Leistung bewirken, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat. Seine Einwilligung ist nicht erforderlich. Abs. 2 bestimmt, daß der Gläubiger die Leistung durch den Dritten ablehnen kann. Es kann also z. B. der Gläubiger des Vorbehaltskäufers durch Zahlung des Kaufpreises oder der noch ausstehenden Teilzahlungen an den Verkäufer bewirken, daß dadurch die Bedingung eintritt, und somit der Käufer Eigentümer wird. Zu beachten ist, daß der Verkäufer die Leistung durch den Dritten, falls der Käufer widerspricht, ablehnen kann, aber nicht muß, so daß durch Annahme der Leistung der Käufer auch gegen seinen Willen Eigentümer wird. Der Käufer hat in diesem Fall auch nicht einen Schadensersatzanspruch aus § 160 BGB. gegen den Verkäufer, da dieser das von der Bedingung abhängige Recht weder vereitelt noch beeinträchtigt hat. Sollte der Verkäufer aber eine rechtmäßige Leistung des Käufers ablehnen und dadurch den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindern, so gilt gemäß § 162 Abs. 1 BGB. die Bedingung als eingetreten.

Wie ist die Rechtslage nun, wenn der Verkäufer auf den in seinem Interesse hinzugefügten Eigentumsvorbehalt zugunsten des Käufers verzichtet? Ist ein derartiger Verzicht überhaupt möglich und rechtlich zulässig. Nach der einschlägigen Literatur muß diese Frage bejaht werden. Man nimmt hier an, daß der Eigentumsvorbehalt durch Verzicht des Verkäufers erlösche. Dieser Verzicht könne auch stillschweigend ausgesprochen werden, könne formlos erfolgen und sei ein einseitiger Akt, d. h. er bedürfe nicht der Annahme durch den Käufer. Er habe ferner nur eine dingliche Wirkung, indem durch ihn der sofortige Eigentumsübergang bewirkt werde. Schuldrechtliche Ansprüche blieben bestehen. Es bedürfe insbesondere eines Vertrages, wenn der Verkäufer auch seines Rücktrittsrechtes verlustig gehen solle.[103]) Es wird hier auch auf eine Reichsgerichtsentscheidung im Bd. 66, S. 344 ff. verwiesen, die zu der Frage Stellung nimmt, ob der Verkäufer, wenn er die Sache während der Pendenz aus einem Vollstreckungstitel gegen den Käufer selbst im Zwangswege pfänden lasse, den Eigentumsvorbehalt verliere oder nicht.[104])

Die Literatur nimmt an, daß in dieser Zwangsvollstreckung ein Verzicht des Verkäufers auf seinen Eigentumsvorbehalt liege. Anderer Meinung ist der erkennende Senat, der diese Frage nach den Umständen des einzelnen Falles entscheiden will. Was den Verzicht selbst anbelangt, so sagt das Reichsgericht, daß der Verkäufer mit seiner Kundgabe an den Käufer grundsätzlich auch die ihm obliegende Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung erfüllt habe. Durch Ausspruch des Verzichtes sei die aufschiebende Bedingung weggefallen und somit der Käufer von Rechts wegen Eigentümer der Sache geworden. Im weiteren Verlauf der Ausführun-

---

[103]) So insbesondere Staub, Anm. 63 b und 72; v. Staudinger, II, 4.

[104]) Vgl. vor allem S. 348 f. Ihr zustimmend Oertmann, Bemerk. 5 zu § 455; Planck, Bemerkung 2, c zu § 455.

gen wird dann noch bemerkt, daß der Ausspruch eines derartigen Verzichtes der Annahme durch den Käufer nicht bedürfe, vielmehr genüge die gehörige Kundgabe an den mit der Bedingung Belasteten.

Gegen diese Ausführungen der erwähnten Kommentatoren und des Reichsgerichtes wendet sich Walsmann[105]) und sich ihm anschließend Karff.[106]) Walsman führt aus, daß zwar der Vorbehaltsverkäufer Eigentümer bleibe, aber doch nur in formaler Beziehung, denn in Wirklichkeit werde doch nach dem Willen der Parteien der Käufer wie ein Eigentümer behandelt. Deshalb empfehle es sich hier lediglich ein starkes Pfandrecht, ein Pfandeigentum anzunehmen und für dessen Aufgabe analog den § 1255 BGB. heranzuziehen[107]). Erwähnt sei noch, daß in der Anm. 3 Walsmann es als Konsequenz dieser Auffassung ansieht, daß die Gefahr beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt auf den Käufer übergeht. Walsmann kommt schließlich zu dem bemerkenswerten Satz: „Derjenige Vertragskontrahent, zu dessen Gunsten der Eintritt der Vertragswirkungen von einer Bedingung abhängig gemacht ist, hat kraft eines solchen bedingten Vertrages das Gestaltungsrecht, durch seine Willenserklärung das Rechtsgeschäft in ein unbedingtes zu verwandeln, wenn dadurch berechtigte Interessen des Vertragsgegners in keiner Weise verletzt werden. — Dieses Gestaltungsrecht zeigt zwar großer Verwandtschaft zum Verzicht, ist aber begrifflich doch nicht einem solchen gleichzusetzen".[108])

Ich kann mich weder der ersteren noch der von Walsmann vertretenen Ansicht rückhaltslos anschließen, sondern möchte die m. E. richtige Auffassung in der Mitte suchen. Ein Verzicht im Sinne von Aufgeben eines durch die Rechtsordnung geschützten Rechtes mittels einer entsprechenden Willenserklärung ist im vorliegenden Falle durchaus möglich. Daß der Verkäufer nur noch formal Eigentümer ist, kann nicht bestritten werden. Deswegen hat man doch aber nicht das Recht, ihn wie einen Nichteigentümer zu behandeln. Man kann der tatsächlichen Lage nur dann den Vorrang lassen, wenn sie mit der rechtlichen übereinstimmt. Das ist hier aber nicht der Fall. Rechtlich ist in jeder Beziehung der Verkäufer Eigentümer, mag es tatsächlich auch so scheinen, als sei der Käufer Eigentümer. Gehen wir hiervon aus, so müssen wir natürlich sagen, es steht dem wahren Eigentümer frei, jederzeit auf sein vorbehaltenes Eigentum zu verzichten. Der Eigentumsvorbehalt ist doch lediglich im Interesse des Verkäufers hinzugefügt, also muß dieser auch imstande sein, hierauf rechtswirksam verzichten zu können, wenn dadurch die Gegenpartei nicht benachteiligt wird. Das wird sie aber keinesfalls, denn durch den Verzicht erstarkt ja ihr bloßes Anwartschaftsrecht

[105]) a.a.O., S. 221 ff.
[106]) a.a.O., S. 15 ff
[107]) Diese Auffassung helfe auch in dem Fall über Schwierigkeiten hinweg, wenn der Verkäufer die Sache wegen anderweitiger Forderungen gegen den Käufer pfänden kann. Hierüber Näheres unten § 10.
[108]) Vgl. die Ausführungen auf S. 226.

zum Vollrecht. Nicht inbetracht zu ziehen ist hier, daß dadurch ein persönlicher Gläubiger ein sofortiges Zugriffsrecht erlangt, denn dieses hätte doch einmal entstehen müssen, nämlich dann, wenn die letzte Kaufpreisrate entrichtet worden wäre. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb der Käufer durch Ablehnung des Verzichtes die Möglichkeit haben sollte den doch dereinst gegebenen Zugriff des Gläubigers hinauszuschieben. Einer Annahme bedarf ein solcher Verzicht nach BGB. nur dann, wenn die Form des Erlaßvertrages gegeben ist, also namentlich im Obligationenrecht, nicht aber, wenn der Gläubiger, wie hier, auf ein dingliches Recht verzichtet. Es ist deshalb mit dem Reichsgericht zu sagen, daß ein einseitiger Verzicht genügt, wenn er gehörig kundgetan ist. Durch ihn tritt die Bedingung ein, das Eigentum geht auf den Vorbehaltskäufer über[109]).

Ich will noch darauf hinweisen, daß man auch der von Walsmann vorgeschlagenen Konstruktion keineswegs bedarf, um zu einem Ergebnis bezüglich des Gefahrüberganges zu gelangen[110]). Der sofortige Uebergang der Gefahr auf den Vorbehaltskäufer ist nicht ein Ausfluß der Konstruktion eines Pfandrechtes, eines Pfandeigentumes, sondern ergibt sich lediglich durch sinngemäße Interpretation des § 446 BGB.[111]).

Wir haben also gesehen, daß eine ganze Reihe von Möglichkeiten den Eintritt der Bedingung herbeiführen kann. Tritt nun die Bedingung auf Grund der erörterten Möglichkeiten ein, so geht das Eigentum ohne weiteres, ipso iure, auf den Käufer über. Es bedarf also hier nicht einer neuen Willenseinigung der Parteien[112]). Anderer Meinung ist scheinbar Staub und vor allem das Reichsgericht im Bd. 64, S. 206 und 95, S. 107. Staub[113]) drückt sich sehr unklar aus, indem er sagt, es bedürfe bei Eintritt der Bedingung nicht einer weiteren Willenseinigung (Mot. II, 319; Prot. II 80; RGE. Bd. 95, S. 107; Bd. 66, S. 344; Bd. 64, S. 334; Bd. 7, S. 150 und Bd. 9, S. 169). Er fährt dann fort, der Wille, Eigentum auf den Käufer zu übertragen, müsse noch in dem Augenblick der Zahlung der letzten Kaufpreisrate vorhanden sein (RGE. Bd. 95, S. 105; Bd. 66, S. 345 und Bd. 64, S. 204). Gleich darauf sagt er, der Käufer werde mit Eintritt der Bedingung ohne weiteres Eigentümer (als Beleg hier wieder u. a. auch die RGE., Bd. 66, S. 344). Staub wirft die maßgebenden Entscheidungen des Reichsgerichtes durcheinander und kommt daher zu einem falschen Ergebnis. Im Bd. 64, S. 206 f hat das Reichsgericht die Ansicht vertreten, der Wille des Verkäufers, Eigentum zu übertragen, müsse noch in dem

---

[109]) An weiteren Ausführungen zu diesem Thema vgl. Fußhöller a.a.O., S. 30 f.; Lilienfeld, S. 74 ff.

[110]) Vgl. S. 38 der Arbeit.

[111]) Siehe oben S. 33 f.

[112]) Enneccerus, I, 2, § 341, I, 2, Anm. 2; Planck, Anm. 2, a zu § 455; Oertmann, die Rechtsbedingung, Leipzig, Erlangen 1924, § 10, 2, Anm. 4; Lilienfeld, S. 45 ff.; ferner RGE., Bd. 66, S. 349 u. Bd. 60, S. 73.

[113]) a.a.O., Anm. 63, b und 72.

Moment vorhanden sein, in welchem die Bedingung eintritt. Im Bd. 66 S. 344 ff. hat dann das Reichsgericht die bereits früher im Bd. 60, S. 73 ausgesprochene entgegengesetzte Ansicht noch einmal wiederholt, wonach der Käufer mit Eintritt der Bedingung von Rechts wegen Eigentümer der Sache werde. Zutreffend sagt hier das Reichsgericht: „Ferner ist der Wille der Uebereignung bei solchem Vorbehalt grundsätzlich bereits bei dem Abschlusse oder doch bei der Uebergabe bedingt erklärt. Nach BGB. ist eine solche bedingte Willenserklärung im Falle der Uebereignung beweglicher Sachen zulässig. Darum bedarf es im Falle des Eintritts der Bedingung keiner weiteren Willenseinigung."

Unverständlicherweise hat dann das Reichsgericht später im Bd. 95 S. 106 f diese klare Entscheidung wieder umgestoßen und somit die Entscheidung im Bd. 64 S. 206 f wiederholt. Dieser letzten Entscheidung kann in keinem Fall beigepflichtet werden. Sehr richtig bemerkt Enneccerus[114]), daß eine derartige Ansicht mit den Vorschriften über Bedingungen unvereinbar sei. § 158 Abs. 1 BGB. sagt ja ausdrücklich, daß die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung eintritt. Man muß Eintritt der Bedingung und Wirkung des Eintritts auseinanderhalten; nur auf die letztere kommt es an, und da kann kein Zweifel bestehen, daß die vom Eintritt der Bedingung abhängigen Wirkungen der Dispositionsbefugnis der Parteien durchaus entzogen sind. Die bei Vertragsabschluß vorhanden gewesene Willenseinigung läuft stillschweigend weiter und bewirkt, daß mit Eintritt der Bedingung der Käufer Eigentümer wird, ohne daß die Parteien an dieser Rechtswirkung etwas ändern könnten.

Es bleibt nun noch eine kurze Betrachtung über den Ausfall der Bedingung übrig, da auch dieser das Ende der Pendenz herbeiführt. Kommt der Käufer nicht rechtzeitig und nicht vollständig seinen Zahlungsverpflichtungen nach, so ist klar, daß der Eintritt der Bedingung offenbar unmöglich ist; die Bedingung muß als augefallen gelten. Treffend und alle Kriterien in sich vereinigend ist die Definition von Jaffé[115]), der sagt: „Die Bedingung fällt stets dann aus, wenn die Zahlung nicht zur rechten Zeit vollständig bewirkt wird, mag sich der Zahlungstermin aus einer ausdrücklichen Festsetzung der Parteien oder auch nur aus den Umständen ergeben."[116]) Natürlich kann sich, falls es an Parteivereinbarungen mangelt, für den Zahlungstermin ein weiter Spielraum ergeben, der sich dem Grenzfall nähern kann: es ist offenbar unmöglich, daß die Bedingung eintritt.[117]) Muß die Bedingung als ausgefallen gelten, so verliert der Käufer sein Recht zum Besitz, da jetzt kein „ähnliches" Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 BGB. mehr besteht, vermöge dessen der Käufer dem Verkäufer gegenüber auf

[114]) a.a.O.
[115]) a.a.O., S. 27.
[116]) Vgl. hierzu auch Fußhöller, S. 34 ff.; Lilienfeld, S. 50 ff.
[117]) Vgl. die Ausführungen oben S. 36.

Zeit zum Besitz berechtigt wäre.[118]) Der Verkäufer kann nunmehr gemäß § 985 BGB. die Herausgabe der Sache von dem Käufer verlangen, ohne daß dieser sich auf § 986 Abs. 1 BGB. berufen könnte, da er eben dem Eigentümer gegenüber nicht mehr zum Besitz berechtigt ist. Auch an dieser Stelle sei noch einmal darauf hingewiesen, daß mit Ausfall der Bedingung nur die dinglichen Vertragswirkungen entfallen, daß aber der obligatorische Vertrag in vollem Umfange bestehen bleibt, bis er durch einen neuen Vertrag beseitigt wird.[118])

---

§ 9.

Der Abzahlungskauf nach dem Reichsgesetz vom 16. Mai 1894.

Es würde zu weit führen, wollte man im Rahmen der Arbeit eine umfassende Darstellung des Abzahlungsgeschäftes im Sinne des obigen Gesetzes geben, kommt doch die Literatur über dieses Gebiet an Umfang der über den Eigentumsvorbehalt vorhandenen gleich. Immerhin gehören § 455 BGB. und das Reichsgesetz vom 16. Mai 1894 so eng zusammen, daß ich im Anschluß an die bisher gemachten Ausführungen das letztere an dieser Stelle erwähnen möchte, ehe ich dem Eigentumsvorbehalt mit Bezug auf andere Rechtsgebiete nähertrete.

Die Entstehung des Gesetzes hängt naturgemäß mit der ganzen geschichtlichen Entwicklung, mit dem Aufblühen der Kaufgeschäfte unter Eigentumsvorbehalt und der Abzahlungsgeschäfte eng zusammen.[119]) Dieses Aufblühen derartiger Geschäfte zeitigte bald auch zahlreiche und erhebliche Mängel, die, sollten sie nicht die vielen zweifellos guten Seiten dieser Geschäfte überwuchern, vom Gesetzgeber eingeschränkt bezw. ganz beseitigt werden mußten. Nicht so sehr die aus dem Abzahlungsgeschäft als solchem sich ergebenden Nachteile wurden drückend empfunden als vielmehr die, die sich aus den mit dem Geschäft verbundenen Nebenabreden ergaben. Von diesen seien als die üblichsten erwähnt, die Verwirkungsklausel, die Klausel, daß bei Zahlungsverzögerung seitens des Käufers auch nur mit einer Rate sofort der gesamte Restbetrag zu zahlen sei und schließlich noch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall nicht pünktlicher und gewissenhafter Innehaltung des Vertrages und aller Nebenabreden.[120]) Die

---

[118]) Vgl. hierzu oben S. 18 f. und die dort angeführte Literatur.

[119]) Vgl. § 2 der Arbeit; Gillmann-Jonas, „Auf Abzahlung", Leipzig 1926, S. 7 ff.; Aubele, Kommentar zum Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, Mainz 1911, S. 7 ff.; Lazarus, Das Recht d. Abzahlungsgeschäftes nach geltendem Recht und nach dem BGB, Berlin 1898, S. 1 ff.; Eitzen, Das Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 unter der Geltung des BGB., Heidelberg 1909, Diss., S. 7 f.

[120]) Vgl. Lazarus, S. 9 f.; Stier-Somlo-Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, S. 45 f.; Gillmann-Jonas, S. 27; Eitzen, S. 8 ff. —

schädlichste Klausel war hiervon entschieden die Verwirkungsklausel, nach der der Käufer der bereits gezahlten Raten verlustig ging, wenn er in Verzug geriet und der Verkäufer aus diesem Grunde die Sache zurückforderte. Bald wurde die Oeffentlichkeit auf diese Mißstände aufmerksam. Ein heftiger Kampf entbrannte, geführt von Presse, Literatur und vor allem den Handelskammern. Der Sieg entsprach der Gerechtigkeit und dem sozialen Billigkeitsgefühl und brachte das Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894.[121]) Formell ist noch zu sagen, daß das Gesetz auch nach dem Inkrafttreten des BGB. in Geltung geblieben ist gemäß dem Grundsatz: „Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali."[122]) Soweit Lücken in dem Gesetz vorhanden sind, greifen ergänzend die Bestimmungen des BGB. Platz.[123])

Nun zum Gesetz selbst. Bei der Zergliederung des Begriffes „Abzahlungsgeschäft" ergibt sich eine zweifache Bedeutung: einmal hat man darunter den eigentlichen Betrieb, das Geschäft als solches (Warenkredithaus, Abzahlungsbazar und ähnliche Bezeichnungen) zu verstehen und dann auch das Rechtsgeschäft, den Vertrag, den man in diesen Warenkredithäusern abzuschließen pflegt.[124]) Nur die letzte Bedeutung kommt für das Abzahlungsgesetz in Betracht. Was ist demnach ein Abzahlungsgeschäft im Sinne des Gesetzes? Es ist dasjenige Geschäft, bei dem die Ware dem Käufer sofort übergeben wird, ohne daß gleichzeitig der gesamte Kaufpreis bezahlt werden muß, vielmehr ist dieser durch einzelne, zu vereinbarten Terminen zu leistende Teilzahlungen (Raten) zu tilgen.[125]) Es muß sich beim Abzahlungsgeschäft nach § 1 des Gesetzes, wie beim Eigentumsvorbehalt, um eine bewegliche, dem Käufer bereits übergebene Sache handeln. Nicht jedem Käufer steht aber der Schutz des Gesetzes zur Seite. Ausgenommen sind nach § 8 solche „Empfänger der Ware", die als Kaufleute in das Handelsregister eingetragen sind. Man ging von dem Gedanken aus, daß ein eingetragener Kaufman eines derartigen Schutzes nicht bedürfe, und daß im Großhandel Verkehrsfreiheit herrschen müsse.[126]) Diese sind auch von der Strafbestimmung des § 7 ausgenommen.[127]) Es ergibt sich klar aus dem Wortlaut des § 8,

---

Eine kurze Zusammenstellung der verschiedenen Klauseln findet sich bei Schmitt, das Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, München 1894, S. 4 ff.; ebenso Aubele, S. 19 ff.

[121]) Näheres über die Entstehung des Gesetzes bei Lazarus, S. 13 ff.; Aubele, S. 9 ff.; Gillmann-Jonas, S. 27 ff.; Schmitt, S. 15 ff.; Eitzen, S. 13 ff.

[122]) Vgl. Art. 32 EG. zum BGB., ferner Aubele, Bem. 9 zu § 1; Fußhöller, S. 40.

[123]) Vgl. Samter, Kommentar, Berlin 1911, S. 6, Anm. 3 zu § 1; Fußhöller a.a.O.

[124]) So Aubele, S. 7; Stier-Somlo-Elster a.a.O.

[125]) Vgl. Enneccerus, I, 2, § 341, II (S. 355); Schmitt, S. 3.

[126]) Schmitt, Bem. 1 zu § 8; Aubele, Anm. 1 zu § 8; Enneccerus a.a.O., Anm. 4.

[127]) Samter, Bem. 1 zu § 8; Aubele, Bem. 2 zu § 8; Schmitt, Bem. 2 zu § 8.

daß der Empfänger der Ware, also der Gegenkontrahent, als Kaufmann bereits in das Handelsregister eingetragen sein muß. Entscheidend ist daher „der Umstand des Eingetragenseins zur Zeit des Geschäftsabschlusses."[128])

Nach dieser kurzen Abschweifung kehren wir zum § 1 des Gesetzes zurück. Der Kaufpreis dieser dem Käufer übergebenen beweglichen Sache soll nun in Teilzahlungen berichtigt werden, d. h. bei Uebertragung der Sache wird gewöhnlich eine Anzahlung geleistet, während der restliche Kaufpreis durch Raten — und zwar mindestens zwei — getilgt werden soll. Höhe und Zeit der Raten müssen bestimmt, wenigstens aber unter gewöhnlichen Umständen bestimmbar sein.[129]) Der § 1 des Gesetzes behandelt nun weiter das Rücktrittsrecht des Verkäufers und spricht die Nichtigkeit der Verwirkungsklausel aus. Beim Rücktritt ist jeder Teil verpflichtet, dem anderen die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Das Gesetz spricht davon, daß sich der Verkäufer das Rücktrittsrecht vorbehalten hat. Daraus folgt, daß auch ein Abzahlungsgeschäft dann möglich ist, wenn ein Rücktrittsrecht nicht vereinbart worden ist. Im übrigen kommt unter Umständen ein gesetzliches Rücktrittsrecht in Frage gemäß §§ 325, 326 BGB. Das vorbehaltene Rücktrittsrecht kann ausgeübt werden, wenn der Käufer seine ihm obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt, wenn er also insbesondere die vereinbarten Raten nicht zu der festgesetzten Zeit zahlt.[130]) § 1 des Abzahlungsgesetzes ist zwingendes Recht, weshalb in jedem Fall die Abrede nichtig ist, daß beim Rücktritt des Verkäufers die bereits geleisteten Teilzahlungen ihm verbleiben sollen.

Der Vollständigkeit halber will ich zu § 1 noch den Abs. 2 erwähnen, nach dem es dem Vorbehalte des Rücktrittsrechtes gleichsteht, wenn der Käufer kraft Gesetzes die Auflösung des Vertrages verlangen kann. Auch in diesem Fall ist also die Hinzufügung der Verwirkungsklausel unzulässig. Diese Bestimmung wurde mit Rücksicht auf die damals geltende Auflösungsklage des rheinisch-französischen Rechtes getroffen. Vgl. insbesondere die Art 1184, 1654 code civil.[131])

Die Bestimungen des § 1 in der dargelegten Form wären natürlich zu einseitig, da hiernach der Verkäufer die durch den Gebrauch des Käufers sich ergebende Wertminderung der Sache

---

[128]) So Schmitt, Bem. 5 zu § 8;Aubele, Bem. 4 zu § 8; Lazarus, S. 34 (§ 33); Samter, Anm. 2 zu § 8; vgl. auch Staub, Anm. 74, b. Ebenso Fußhöller, S. 42.

[129]) Vgl. Schmitt, Bem. 6 zu § 1; ferner Aubele, Bem. 18—23 zu § 1; Lazarus, S. 38 f.; Gillmann-Jonas, S. 33 f.

[130]) Hierzu Aubele, Bem. 27—41 zu § 1; Samter, Anm. 8 zu § 1; Schmitt, Bem. 7—12 zu § 1. Näheres bei Lazarus, S. 47 ff. Vgl. ferner Stier-Somlo-Elster, S. 47, Nr. 3; Gillmann-Jonas, S. 37 ff.; Eitzen, S. 30 ff.; Meinerts, die Abzahlungsgeschäfte nach dem Reichsgesetz vom 16. Mai 1894 und ihre juristische Konstruktion, Borna-Leipzig 1908, Diss., S. 41 ff. Vgl. auch § 346 BGB.

[131]) Stier-Somlo-Elster a.a.O.; Samter, Anm. 11 zu § 1; Aubele, Bem 43; Schmitt, Bem. 13.

tragen müßte. Deshalb bestimmt zum Ausgleich § 2, daß im Falle des Rücktritts der Verkäufer die von ihm infolge des Vertrages gemachten Aufwendungen vom Käufer ersetzt verlangen kann. Ferner haftet auch der Käufer für Beschädigungen der Sache, die durch sein Verschulden oder durch einen anderen von ihm zu vertretenen Umstand entstanden sind. Schließlich hat er noch für die Ueberlassung des Gebrauches oder der Benutzung deren Wert zu vergüten, wobei auf die inzwischen eingetretene Wertminderung der Sache Rücksicht zu nehmen ist.[132]) Entgegenstehende Vereinbarungen, insbesondere die einer zu hohen Vergütung, sind nichtig. Maßgebend für die Haftung des Käufers ist auch § 276 BGB., d. h. er hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.[133]) Um nun eine beiden Parteien gerecht werdende Erfüllung der in den §§ 1 und 2 vorgesehenen Verbindlichkeiten herbeizuführen, bestimmt § 3 — analog § 348 BGB. —, daß die nach den Bestimmungen der §§ 1, 2 begründeten gegenseitigen Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen sind. Diese Bestimmung besagt also praktisch, daß bei der Rücktrittserklärung des Verkäufers der Käufer die Sache nur herauszugeben verpflichtet ist, wenn gleichzeitig der Verkäufer die geleisteten Teilzahlungen zurückerstattet, wobei letzterer allerdings die im § 2 vorgesehenen Abzüge vornehmen darf.

Der folgende § 4 enthält die bereits erwähnten Nebenabreden der Vertragsstrafe und der Fälligkeit der Restschuld. Beide haben eine gewisse Aehnlichkeit mit der im § 1 des Gesetzes geregelten Verwirkungsklausel, sind aber keineswegs mit ihr identisch. Ergänzend kommt hier vor allem § 339 BGB. in Frage. Die Vertragsstrafe wird im allgemeinen für den Fall vereinbart, daß, wie im § 1 der Käufer seinen ihm obliegenden Verpflichtungen nicht nachkommt, doch ist auch eine Vereinbarung für andere Fälle gültig.[134]) Aus dem Wortlaut dieses Paragraphen, sowie aus den für den Fall des Rücktritts geltenden zwingenden Vorschriften der §§ 1, 2 folgt, daß § 4 nur dann zur Anwendung gelangen kann, wenn der eigentliche Vertrag unberührt bleibt, wenn also der Verkäufer nicht seinen Rücktritt vom Vertrage erklärt hat[135]). Diese Vertragsstrafe kann, wenn sie unverhältnismäßig hoch ist, auf Antrag des Käufers durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden (vgl. § 343 BGB.). Unverhältnismäßig hoch ist nach Samter[136]) eine Vertragstrafe dann, „wenn sie unbillig erscheint in Berücksichtigung eines jeden, auch nicht vermögensrechtlichen Inter-

[132]) Vgl. § 346 BGB.

[133]) Näheres bei Samter, Anmerkungen zu § 2, insbesondere Anm. 3; Aubele, Bemerkungen zu § 2, besonders Bem. 9; Schmitt, insbesondere Bem. 4 u. 5; Lazarus, S. 80 ff. Auch § 278 BGB. ist entsprechend heranzuziehen. Vgl. Stier-Somlo-Elster, S. 47 u. ff. Vgl. ferner noch Eitzen, S. 33 ff.

[134]) Vgl. Aubele, Bem. 3 zu § 4.

[135]) So Aubele, Bem. 6 zu § 4; Samter, Anm. 2 zu § 4; Lazarus, S. 106; Eitzen, S. 51.

[136]) Anm. 6 zu § 4; vgl. auch Aubele, Bem. 10 zu § 4; Eitzen, S. 50.

esses des Verkäufers in Anbetracht der Gesamtlage zwischen dem Abschluß des Abzahlungsvertrages bis zu dem Zeitpunkt des Erforderns der Strafe, also auch unter Berücksichtigung bisheriger Pünktlichkeit und Gutwilligkeit des Käufers und unter Mitberücksichtigung der übrigen, insbesondere der wirtschaftlichen Verhältnisse des Käufers."

Ausgeschlossen ist die Herabsetzung der Strafe, wenn der Käufer sie entrichtet hat, da er sich ja durch die Zahlung mit der Höhe der Strafe einverstanden erklärt. Freilich muß die Zahlung des Betrages vorbehaltlos erfolgen, und es muß aus ihr ersichtlich sein, daß sie als Zahlung der vereinbarten Strafe erfolgt[137]).

Der Abs. 2 des Paragraphen behandelt die Fälligkeitsklausel, d. h. die Abrede, daß bei Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen die Restschuld fällig sein solle. Diese Abrede kann nach der weiteren Bestimmung des Absatzes 2 rechtsgültig nur für den Fall getroffen werden, daß der Käufer mit mindestens zwei aufeinander folgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise in Verzug ist, und daß dieser Betrag mindestens dem zehnten Teile des Kaufpreises der übergebenen Sache gleichkommt. Zugestimmt kann der Ansicht von Schmitt[138]) werden, wonach die Vereinbarung für eine größere Anzahl von Fällen, welche die im Gesetz erlaubten mit umschließen, lediglich insoweit nichtig ist, als sie über den zugelassenen Fall hinausgeht. Unbestritten ist nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 2, daß die Vereinbarung nur für den Fall des Zahlungsverzugs des Käufers getroffen werden kann[139]). Zu beachten ist noch, daß das Gesetz für die Gültigkeit der Klausel außer dem ganz oder teilweise verschuldeten Verzug mit mindestens zwei aufeinander folgenden Teilzahlungen noch fordert, daß der Betrag, mit dessen Zahlung der Käufer in Verzug gekommen ist, mindestens dem zehnten Teil des Kaufpreises der „übergebenen" Sachen gleichkommen muß. Nur die übergebenen Sachen geben den Maßstab für die Berechnung ab. Das ist sehr wichtig bei Sukzessivlieferungen, z. B. Lieferungen von Konversationslexika[140]). Bestritten ist hier allerdings, ob der Berechnung des $^1/_{10}$ das Mindestmaß der geforderten zwei aufeinander folgenden Teilzahlungen zugrunde zu legen ist, oder ob noch weitere rückständige Raten mitzuzählen sind. Ich nehme das erstere an und folge somit Samter und dessen durchaus logischer und überzeugender Interpretation des § 4 Abs. 2[141]). Er bemerkt sehr richtig, daß der Gesetzgeber, hätte er der Ansicht Ausdruck geben wollen, daß auch noch weitere rückständige Raten zu berücksichtigen seien, die Worte „deren Betrag" gebraucht hätte,

---

[137]) Vgl. auch Samter, Anm. 9 zu § 4; Aubele, Bem. 12 zu § 4; Schmitt, Bem. 6 zu § 4; Eitzen, S. 51.

[138]) a.a.O. Bem. 8 zu § 4, Abs. 2; gleicher Ansicht Lazarus, S. 108.

[139]) Schmitt, Bem. 9 zu § 4, Abs. 2; Aubele, Bem. 15 zu § 4, Abs. 2; Samter, Anm. 11 zu § 4, Abs. 2.

[140]) Vgl. Samter, Anm. 14 zu § 4, Abs. 2; Aubele, Bem. 22/23 zu § 4, Abs. 2; Schmitt, Bem. 12 zu § 4, Abs. 2; Lazarus, S. 109; Eitzen, S. 54.

[141]) a.a.O., Anm. 14 zu § 4, Abs. 2.

nicht aber, wie geschehen, die Worte „und der Betrag, mit dessen Zahlung er im Verzug ist"[142]).

Wir kommen nun zum § 5 des Gesetzes, der von großer Bedeutung ist, sowohl ganz allgemein, wie auch speziell für die vorliegende Arbeit, da er eine wichtige Abweichung vom § 455 BGB. zeigt.

Er sagt: „Hat der Verkäufer auf Grund des ihm vorbehaltenen Eigentums die verkaufte Sache wieder an sich genommen, so gilt dies als Ausübung des Rücktrittsrechtes"[143]).

Hieraus folgt zweierlei: einmal, daß beim Abzahlungsgeschäft die Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes an und für sich nicht erforderlich ist, wenn sie auch meist getroffen werden wird[144]), und dann, daß das Gesetz die Fiktion aufstellt, die Zurücknahme der unter Eigentumsvorbehalt übergebenen Sache bedeute den Rücktritt vom Vertrage. Auch diese Bestimmung dient wieder dem Schutz des Käufers, da ohne § 5 die Möglichkeit der Umgehung des § 1 durch den Verkäufer bestände[145]). Die Vorschrift ist zwingender Natur, so daß in dem genannten Fall stets — auch wenn der Verkäufer die Sache nur zu seiner Sicherung zurücknimmt[146]) — ein Rücktritt vom Vertrage vorliegt und damit eo ipso die Folgen der §§ 1—3 eintreten[147]). Selbstredend gilt die Bestimmung des § 5 nur für Abzahlungsgeschäfte im Sinne des erwähnten Gesetzes mit der Ausdehnung des § 6: „Die Vorschriften der §§ 1—5 finden auf Verträge, welche darauf abzielen, die Zwecke eines Abzahlungsgeschäftes (§ 1) in einer anderen Rechtsform, insbesondere durch mietweise Ueberlassung der Sache zu erreichen, entsprechende Anwendung, gleichviel, ob dem Empfänger der Sache ein Recht, später deren Eigentum zu erwerben, eingeräumt ist oder nicht."

Einer Auslegung bedürfen noch die Worte des Gesetzes" wieder an sich genommen." Man wird diese Worte nicht zu eng auslegen dürfen, freilich auch nicht zu weit. Der Gesetzgeber hat hier lediglich einen Rahmen geben wollen, in dessen Begrenzung aber freier Spielraum vorhanden ist[148]). Man wird im allgemeinen gerichtliche Geltendmachung des Anspruches auf Rückgabe sowie Pfändung und Zwangsversteigerung durch den Verkäufer als unter § 5 fallend ansehen können, wobei allerdings zugegeben werden muß, daß bei der Pfändung und Zwangsversteigerung die Worte

---

[142]) A. A. Aubele, Bem. 24 zu § 4, Abs. 2, aber ohne ausreichende Begründung, denn aus dem Gesetz, das Aubele zur Begründung seiner Ansicht anführt, ergibt sich, wie dargelegt, gerade die gegenteilige Ansicht.

[143]) Vgl. hierzu die Ausführungen oben auf S. 18 ff. der Arbeit sowie die Uebersicht bei Staub a.a.O., Anm. 74.

[144]) So Aubele, Bem. 1 zu § 5; Fußhöller, S. 43.

[145]) Vgl. Schmitt, Bem. 1 zu § 5; Samter, Anm. 1 zu § 5; Lazarus, S. 54; Jaffé a.a.O., S. 45.

[146]) Enneccerus I, 2, S. 356, Anm. 7.

[147]) Stier-Somlo-Elster a.a.O., S. 48; Lazarus, S. 55 (§ 54). Vgl. auch § 455 BGB., wonach der Verkäufer „im Zweifel" zum Rücktritt vom Vertrage „berechtigt" ist.

[148]) Vgl. auch Lazarus, S. 56.

„auf Grund des ihm vorbehaltenen Eigentums" bis an die Grenze des Möglichen ausgelegt werden müssen[149]). Kein Zweifel kann darüber bestehen, daß auch die bloße Rückforderung der Sache durch den Verkäufer genügen muß. Das folgt aus der „Zug-um-Zug-Leistung" des § 3, wie auch daraus, daß der Verkäufer — nähme man das Gegenteil an — gegen einen sich evtl. sträubenden Käufer erst klagen und ein rechtskräftiges Urteil erlangen müßte. Er brauchte dann auch die gezahlten Raten nicht nur nicht zurückzuzahlen, sondern könnte auch die noch ausstehenden vom Käufer weiter verlangen. Durch das Urteil müßte dann alles wieder rückgängig gemacht werden[150]). Man denke auch an den Fall, daß der Käufer während der Zeit der Klageerhebung durch den Verkäufer durch Zahlung der restlichen Raten Eigentümer geworden ist. Ich glaube, diese Gründe sind doch stärker als etwaige Bedenken, die man aus dem Wortlaut des Gesetzes glaubt herleiten zu können.

Wir haben also gesehen, daß der Verkäufer ex lege vom Vertrage zurücktritt, wenn er das vorbehaltene Eigentum wieder an sich nimmt. Damit ist natürlich noch nicht gesagt, daß dem Verkäufer bereits mit dem Vorbehalt des Eigentums ein Rücktrittsrecht ex lege eingeräumt sei, wie Fußhöller richtig hervorhebt[151]). Ich muß dies erwähnen, weil Fußhöller ausführt, Lazarus habe auf S. 56 seiner Schrift die gegenteilige Meinung vertreten, die natürlich, da sie jeder Grundlage entbehrte, unhaltbar wäre. Dem gegenüber muß ich hier aber nochmals feststellen, daß Lazarus auf S. 56 lediglich eine zu enge Auslegung des § 5 ablehnt und verlangt, „es müsse schon die Erklärung des Veräußerers, daß er die entnommene Sache zurückverlange, als Rücktritt vom Vertrage wirken"[152]). Hierin ist aber noch keineswegs die Auffassung verankert, das vorbehaltene Eigentum gewähre aus sich heraus ein Rücktrittsrecht.

Nach diesen Ausführungen will ich das wichtige Gebiet des Abzahlungskaufes verlassen. Abgesehen vom § 9, der für unser heutiges Recht belanglos ist, habe ich den § 7 noch nicht behandelt, da er strafrechtliche Bestimmungen enthält, und somit weiter unten erwähnt werden wird.

---

[149]) Stier-Somlo-Elster, S. 49, deswegen anderer Meinung. Dafür Enneccerus, S. 356 (§ 341 II), 1, b und die dort Zit. (Anm. 8). Vgl. ferner Aubele, Bem. 23 zu § 5.

[150]) So Lazarus, S. 56; Gillmann-Jonas, S. 46; Meinerts, S. 52. Bedenklich Enneccerus a.a.O., Anm. 8.

[151]) a.a.O., S. 43.

[152]) Vgl. auch S. 46 u. S. 47 oben.

II. Abschnitt. Zivilprozeßrechtliche und konkursrechtliche Bestimmungen.

§ 10.

Die Pfändung eigener Sachen durch den Vorbehaltsverkäufer.

Von den verschiedenen Wirkungen, die der Eigentumsvorbehalt auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechtes hervorrufen kann — man denke z. B. daran, daß ein Dritter die unter Eigentumsvorbehalt verkaufte und übergebene Sache beim Käufer pfänden läßt, wogegen der Verkäufer gemäß § 771 ZPO. intervenieren müßte — sollen hier nur zwei behandelt werden, da sie praktisch am meisten interessieren und auch von grundlegender Bedeutung für unser Recht sind. Die erste Frage, die hier entsteht und die schon auf S. 37 der Arbeit kurz gestreift worden ist, lautet: „Kann der Vorbehaltsverkäufer die dem Käufer unter Eigentumsvorbehalt verkaufte und übergebene Sache pfänden, wenn der Käufer mit seinen Zahlungen in Rückstand kommt?"[152a]). Die zweite weiter unten zu erörternde Frage wird sich mit dem Pfandrecht des Vermieters unter den gegebenen Verhältnissen befassen müssen. Kehren wir zur ersten Frage zurück, so sehen wir, daß sie heiß umstritten ist. Nehmen wir zunächst an, daß die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung gegeben sind, daß vor allem der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel in den Händen hat und nunmehr den Gerichtsvollzieher beauftragt, die Pfändung vorzunehmen. Da kommen nun die §§ 804 Abs. 1 und 808 Abs. 1 ZPO. vor allem in Betracht.

§ 804 Abs. 1 ZPO. besagt: „Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstand."

§ 808 Abs. 1 ZPO. bestimmt: „Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt."

Die ersten Schwierigkeiten ergeben sich, wenn man davon ausgeht, daß der Gläubiger nur im Eigentum des Schuldners stehende Sachen pfänden dürfe. Eigentümer der dem Käufer (Schuldner) unter Eigentumsvorbehalt übergebenen Sachen ist ja der Verkäufer (Gläubiger) selbst. Hier hat man sich durch Aufstellung der „Verzichtstheorie" helfen wollen. Man sagt, in dem Augenblick, wo der Verkäufer als Gläubiger zur Pfändung der angegebenen Sachen schreitet, gebe er bewußt das Eigentum an ihnen auf, der Käufer werde also, da die Bedingung eingetreten sei, ipso iure Eigentümer, und nunmehr stände einer derartigen Pfändung nichts mehr im Wege[153]).

Eine Einschränkung macht das Reichsgericht, indem es die

[152a]) Außer der unten angeführten Literatur vgl. hierzu Brecht in Iherings Jahrb. Bd. 61, S. 295 ff.

[153]) v. Staudinger a.a.O. (vgl. Anm. 103) sagt, die Praxis neige im allgemeinen hierzu, um dadurch für die Pfändung und Versteigerung freie Bahn zu schaffen. Staub a.a.O., Anm. 72 bekennt sich rückhaltslos zu dieser Theorie. Vgl. auch Francke, Eigentumsvorbehalt und Pfändung in Busch's ZZP., Bd. 40, Heft 1, Berlin 1910, S. 464.

Bejahung der Frage von einer Prüfung der besonderen Umstände des Einzelfalles abhängig macht[154]).

Diese Verzichtstheorie kann niemals zu einer befriedigenden Lösung führen, schlechthin wenigstens nie und bei der Prüfung der besonderen Umstände des Einzelfalles wird sich nur zu oft das Resultat ergeben, daß ein Verzicht nicht vorliegt. Wohl habe ich auf S. 39 dargelegt, daß ein Verzicht auf den Eigentumsvorbehalt möglich ist und daß er nur der gehörigen Kundgabe an den Käufer bedürfe, aber in der Zwangsvollstreckung vermag ich einen derartigen Verzicht nicht zu erblicken und schließe mich durchaus den Ausführungen von Kaufmann an[155]). Dieser sagt sehr richtig, die Verzichtstheorie sei innerlich unwahr. Die nicht zu überbrückende Hauptschwierigkeit liegt darin, daß der Gläubiger — soll überhaupt ein Verzicht in Frage kommen — wissen muß, daß seine ihm noch gehörenden Sachen gepfändet worden sind. Das wird aber meist nicht der Fall sein und kommt höchstens dann in Frage, wenn er von vornherein genau weiß, daß der Schuldner andere als die von ihm, dem Gläubiger, unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sachen nicht hat. In fast keinem Falle wird und kann sich auch der Gläubiger als Laie bewußt sein, daß er mit der Vollstreckungshandlung auf sein Eigentum verzichte. Treffend bemerken hier Gaupp-Stein[156]), dem Gläubiger werde durch die Theorie ein Wille angedichtet, den er nicht erkläre. Auch Emmerich[157]) lehnt die Theorie als unrichtig und künstlich ab.

Sehen wir uns also nach einer anderen Möglichkeit um. Da hat man nun versucht, ein gültiges Pfandrecht bzw. Pfändungspfandrecht des Eigentümer-Gläubigers zu konstruieren. So führt Immerwahr[158]) aus, „das BGB. lasse, weit entfernt davon den Charakter des Pfandrechtes als Recht an fremder Sache zu betonen, in § 1256 Abs. 2 BGB. auch das Mobiliarpfandrecht trotz Hinzutretens des Eigentums an derselben Sache bestehen, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechtes habe."

Staub widerspricht sich, indem er einmal sagt, an der eigenen Sache gäbe es wohl ein Pfandrecht aber kein Pfändungspfand-

---

[154]) Vgl. RGE. Bd. 66, S. 348 ff.; Bd. 79, S. 242 ff. So auch Planck a.a.O., Anm. 2, c zu § 455.

[155]) Kaufmann, Zwangsvollstreckung und Eigentumsvorbehalt in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes, 53. Jahrg. 1909, S. 325 ff. Vgl. vor allem die Ausführungen auf S. 337 ff. Unrecht hat er aber darin, daß er für den Verzicht stets Annahme fordert. Vgl. S. 39 der Arbeit.

[156]) Gaupp-Stein-Jonas, die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich,, Bd. II, Tübingen 1926, Anm. 4 zu § 804 ZPO. Ablehnend auch Förster-Kann, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. II, Berlin 1926, Anm. 3, b zu § 804 ZPO.

[157]) Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1909, S. 35.

[158]) Immerwahr, die Pfändung der eigenen Sache im Falle des Möbelleihkontraktes in DJZ. 1905, S. 597, 598. Gegen ihn Francke a.a.O., S. 461 ff. Vgl. auch Francke in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt , 54. Bd. der neuen Folge, 34. Bd., Jena 1907, S. 101 f.

recht[159]), während er an anderer Stelle wiederum betont, man könne an eigenen Sachen kein Pfandrecht haben[160]). Auch Kaufmann gelangt im Verlauf seiner Ausführungen zur Annahme eines Pfändungspfandrechtes[161]).

Alle derartigen Konstruktionsversuche sind bei näherer Betrachtung unhaltbar und in der Literatur auch entsprechend widerlegt worden. Pfandrecht und Pfändungspfandrecht an eigener Sache gibt es nicht, da für diese Annahme eine Stütze im Gesetz nicht vorhanden ist. Wenn das Pfandrecht mit dem Eigentum zusammentrifft, erlischt es gemäß § 1256 Abs. 1 BGB. Die Fiktion des 2. Absatzes verneint die Fortdauer, eben weil sie nur fingiert wird[162]). Diese Ansicht vertritt auch v. Staudinger, der sehr richtig ausführt, daß das Nebeneinanderbestehen von Eigentum und besonderen dinglichen Rechten an der eigenen Sache als Ausnahmezustand erscheine und nur in den vom Gesetz ausdrücklich sanktionierten Fällen zulässig sei. Eine solche Ausnahme bestehe für das Pfandrecht gemäß § 1256 BGB. nicht, da dort von einem nachträglichen Zusammenkommen von Eigentum und Pfandrecht in derselben Person und an derselben Sache die Rede sei. Im übrigen stelle § 56 BGB. eine aus praktischen Erwägungen gesetzliche Sondernorm dar und dürfe nicht ausdehnend interpretiert werden[163]). Diese Darstellung trifft den Kern und widerlegt einwandfrei die oben angegebenen Konstruktionsversuche. Die Begründung eines Pfändungspfandrechtes lehnen deshalb auch in diesem Fall Förster-Kann[164]) sehr richtig ab, da sie nach dem System des Mobiliarpfandrechtes ausgeschlossen sei. Auf demselben Standpunkt steht auch das Reichsgericht[165]).

Suchen wir also noch eine andere Möglichkeit, die die Rechtswirksamkeit einer derartigen Pfändung herbeiführt. Daß eine solche Möglichkeit bestehen muß, ist eine Notwendigkeit des praktischen Verkehrs. Denn oft wird der Gläubiger, falls er von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch macht, sehr benachteiligt sein, da für ihn die vom Schuldner ihm zurückgegebene, meist schon stark abgenutzte Sache fast wertlos ist.

Diese Möglichkeit ergibt sich einfach aus einer — besonders

---

[159]) a.a.O., Anm. 66 zu § 382 HGB.

[160]) Anm. 1 zu § 398.

[161]) a.a.O., besonders S. 351. Ebenso Emmerich, S. 34, besonders Anm. 109.

[162]) Gaupp-Stein a.a.O., Anm. 4 zu § 804 ZPO. Vgl. ferner Enneccerus-Kipp-Wolff, II, 1, § 171 I, 1, b; 2.

[163]) v. Staudinger, Komm. Bd. III, 2. Teil, 9. Aufl. 1926, Bemerk. 1, f zu § 1204.

[164]) a.a.O., Anm. 3, b zu § 804. Erwähnt wird hier auch, daß alle diejenigen anderer Meinung seien, die das Pfändungspfandrecht ohne Rücksicht auf das Eigentum des Schuldners an der Pfandsache entstehen lassen, wie z. B. Kaufmann.

Ebenso Cosack-Mitteis, Lehrbuch d. bürgerl. Rechts, II. Bd., 7. u. 8. Auflage, Jena 1924, § 107, VI, 1, c.

[165]) Vgl. RGE. Bd. 60, S. 71; Bd. 61, S. 430; Bd. 79, S. 243.

in der älteren Literatur recht selten vorgenommenen — Trennung der formell-rechtlichen und materiell-rechtlichen Seite.

Das Pfandrecht entsteht nur, wenn der zu pfändende Gegenstand zum Vermögen des Schuldners gehört. Dieser Umstand hindert aber keineswegs, daß der formelle Pfändungsakt rechtsgültig durchgeführt werden kann. § 808 Abs. 1 ZPO. spricht ausdrücklich von den im „Gewahrsam" des Schuldners befindlichen Sachen. Sollte es etwa Sache des Gerichtsvollziehers sein, nachzuprüfen, welche von diesen im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen ihm zu Eigentum gehören und an welchen er lediglich ein Besitzrecht hat? Nein, höchstens eine oberflächliche summarische Prüfung kommt eventuell in Frage. Wird durch diese Pfändung das Recht eines Dritten verletzt, so steht es diesem frei, die bekannte Interventionsklage gemäß § 771 ZPO. zu erheben. Tut er das nicht, so bleibt die Pfändung voll wirksam bzw. sie wird ordnungsgemäß zu Ende geführt. Stein bemerkt sehr richtig, „die weitere Vollstreckung ist sonach Durchführung der Pfändung, nicht aber Auswirkung oder Realisierung des Pfandrechtes. Sie ist recht- und ordnungsmäßig auch wo kein Pfandrecht entsteht und entstehen kann"[166]).

Dieser Standpunkt ist als der herrschende zu bezeichnen[167]). Es genügt also grundsätzlich für die Pfändung, daß der Schuldner die zu pfändende Sache im Gewahrsam, daß er den unmittelbaren Besitz an ihr hat. Ist dem Gerichtsvollzieher von vornherein bekannt, daß die zu pfändende Sache im Eigentum eines Dritten steht, so kann er sie pfänden wenn der widerspruchsberechtigte Dritte zugestimmt hat[168]). Was für jeden Dritten gilt, gilt entsprechend auch für den Eigentümer-Gläubiger. Widerspricht er der Pfändung seiner eigenen Sache nicht, so können Pfändung und Versteigerung ohne weiteres zu Ende geführt werden[169]). „Die Eigentumsübertragung beruht auf der staatlichen Zwangsgewalt, nicht auf einer aus der Unterlassung der Widerspruchsklage trotz Kenntnis der Pfändung abzuleitenden Genehmigung im Sinne des § 185 BGB."[170]). Man spricht bei derartigen Pfändungen in der Literatur meist von einer öffentlich-rechtlichen „Verstrickung" der Sache.

Von den Entscheidungen des Reichsgerichts spricht den zuletzt erörterten Standpunkt am deutlichsten aus die Entscheidung im

---

[166]) Stein, Grundriß d. Zivilprozeßrechtes u. d. Konkursrechtes, 2. Aufl., Tübingen 1924, § 140, IV (S. 378) und § 142, I (S. 380 f.).

[167]) Er wird ferner vertreten von Cosack a.a.O., § 107, VI, 1, c; Förster-Kann, Anm. 3, b zu § 804; Gaupp-Stein-Jonas, Anm. 3, 4 zu § 804; Staub, Anm. 66 zu § 382 HGB.; Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, 3. Aufl., Berlin 1925, § 150, IV, 2. Vgl. auch Immerwahr a.a.O.

[168]) Stein a.a.O., § 142 I

[169]) Insbesondere Gaupp-Stein-Jonas, Anm. 4 zu § 804 ZPO.

[170]) Kleinfeller a.a.O. Vgl. dazu Gaupp-Stein-Jonas, Anm. 3 zu § 804 ZPO. RGE. Bd. 60, S. 73, nimmt Konvaleszenz gemäß § 185 BGB. an, wenn es sich nicht um eine vom Gesetz überhaupt für unzulässig erklärte Pfändung handelt, die eine Wirkung zu äußern überhaupt nicht imstande ist (vgl. § 865 Abs. 2 ZPO.).

Bd. 79 S. 242 ff. Das Reichsgericht führt hier aus, daß es eine völlige Verkennung der Obliegenheiten des Gerichtsvollziehers bedeute, wenn er eine Entscheidung über Eigentum oder Nichteigentum der im Gewahrsam des Schuldners sich befindenden Sachen haben sollte. Es wird auf die Entscheidungen im Bd. 18 S. 391, 392 und im Bd. 67, S. 312 verwiesen. Die Entscheidung sagt dann noch klar und deutlich, die Zulässigkeit und Wirksamkeit des rein formalen Verfahrens ergebe sich positiv aus der ZPO., indem sie dem Dritten den ausschließlichen Klageweg des § 771 ZPO. eröffne. Genau so verhalte es sich, wenn die gepfändete Sache im Eigentum des Gläubigers selbst stehe. Fühle der Schuldner sich in seinem Besitz- oder Benutzungsrecht verletzt, könne er die „Erinnerung" gemäß § 766 ZPO. erheben[171]).

Eine gewisse Schwerfälligkeit haftet dem dargelegten Verfahren allerdings an, da der Gläubiger-Eigentümer seine eigene Sache erst durch die Versteigerung erwerben kann. Zum Ausgleich sei aber gesagt, daß dieser Nachteil gegenüber dem Vorteil, die eigene Sache pfänden zu können, nicht viel bedeutet, und daß die letzte Theorie die einzige ist, die sich aus den bestehenden Gesetzen heraus mit überzeugenden Gründen halten läßt.

Unberührt durch die gemachten Ausführungen bleiben die materiell-rechtlichen Fragen, insbesondere sich ergebende Schadensersatzansprüche[172]).

---

§ 11.

Eigentumsvorbehalt und Vermieterpfandrecht.

Gemäß § 559 BGB. hat der Vermieter eines Grundstücks für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters. Nach § 580 BGB. gilt diese Vorschrift auch für die Miete von Wohnräumen und anderen Räumen. Es handelt sich hier um ein gesetzliches Pfandrecht, auf das gemäß § 1257 BGB. die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung finden.

Die Erfordernisse für die Entstehung dieses gesetzlichen Pfandrechtes ergeben sich klar und deutlich aus § 559 BGB. Es muß ein gültiges Mietverhältnis bestehen, die Forderungen des Vermie-

---

[171]) Bemerkt sei noch, daß Walsmann a.a.O., S. 224, Anm. 1, erklärt, er habe, vom formalen Standpunkt ausgehend, die Pfändung eigener Sachen ablehnen müssen. Aber gerade vom formalen Standpunkt aus muß man m. E., wie dargelegt, eine derartige Pfändung unbedingt zulassen.

[172]) Auch Enneccerus I, 2, § 341, I, 2, Anm. 2 erkennt die Pfändung eigener Sachen an, allerdings ohne Begründung.

Erwähnen will ich hier noch, daß von den benutzten Dissertationen Fußhöller (S. 31) ebenfalls die letzte Theorie vertritt. A. M. Lilienfeld (S. 76), der hier eine durch nichts begründete Fiktion annehmen will.

ters gegen den Mieter müssen sich aus diesem Mietverhältnis herleiten und schließlich werden nur die eingebrachten Sachen des Mieters von dem Pfandrecht erfaßt. Das letzte Erfordernis hat zu Meinungsverschiedenheiten in der Literatur geführt. Es unterliegt aber keinem Zweifel, daß es sich nur um solche eingebrachten, also in die gemieteten Räume gebrachten Sachen handeln kann, die auch im Eigentum des Mieters stehen. Das ergibt sich einmal aus der Fassung des § 559 BGB, wenn es dort heißt „die eingebrachten Sachen d e s M i e t e r s." Dann sprechen aber auch die Motive klar aus[173]), daß dem Vermieter ein Pfandrecht an eingebrachten Sachen Dritter nicht zusteht (im Gegensatz zum code civil Art. 2102 Nr. 4, 2279; Bayr. Gesetz vom 23.Februar 1879 Art. 200; Oesterreich. Gesetzbuch § 1101; Schweiz. Bundesgesetz Art. 294). Die Motive sagen wörtlich: „Ein Bedürfnis zu dieser Ausdehnung des Grundsatzes „Hand wahre Hand" ist jedoch nicht anzuerkennen. Nach dem Entwurf findet derselbe auf gesetzliche Pfandrechte überhaupt keine Anwendung (§§ 1147, 1152)." Anderer Ansicht ist Scherer, der es für unlogisch erklärt, das Prinzip „Hand wahre Hand" nur für die vertragsmäßige Pfandbestellung einzuführen. Er stützt seine gegenteilige Ansicht auf die §§ 1207 u. 1257 BGB., durch die das Prinzip ausdrücklich auf das vertragsmäßige und das gesetzliche Pfandrecht an beweglichen Sachen für anwendbar erklärt werde[174]). Demgegenüber ist aber mit Karff[175]) zu sagen, daß — ganz abgesehen von den oben angeführten Tatsachen — § 932 BGB. nur den rechtsgeschäftlichen Erwerb schützt, und daß außerdem § 1257 BGB. von einem kraft Gesetzes „entstandenen" Pfandrecht spricht)[176]). Ein Pfandrecht an Sachen, die dem Mieter nicht gehören, kann aber überhaupt nicht zur Entstehung gelangen. Der Vermieter wird hier nicht geschützt. Er selbst muß sich durch genügende Erkundigungen dagegen schützen, daß er nicht, wenn er sein gesetzliches Pfandrecht geltend machen will, mangels eines entsprechenden Pfandobjekts leer ausgeht.

Verzichtet aber in dem Fall, daß sich unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Sachen im Besitz des Mieters befinden, der Verkäufer durch gehörige Kundgabe[177]) auf den Vorbehalt, so erlangt der Mieter, da die Bedingung als eingetreten gilt, das Eigentum, und nunmehr steht einer Ausübung des Vermieterpfandrechtes nichts mehr im Wege. Selbstverständlich bleiben, wenn auch in dem er-

---

[173]) Bd. II, § 521, S. 405. Ebenso deutlich spricht dies auch der R.G.R.-K. Bd. I, 1923 aus, Bem. 2 zu § 559: „Von dem Vermieterpfandrecht werden auch nicht Sachen eines Dritten betroffen, insbesondere nicht die dem Mieter unter einer aufschiebenden Bedingung zum Eigentum übertragenen Sachen während noch schwebender Bedingung." Vgl. O.L.G.E. Bd. III, S. 28; Bd. 16, S. 429 Vgl auch Enneccerus I, 2 § 353, I, 1; v. Staudinger 7.—8. Aufl. 1912 Bem. IV, 2 zu § 559; Emmerich S. 237 Anm. 497 a. E.

[174]) D.J.Z. 1900, S. 203.

[175]) a.a.O. S. 22. Vgl. vor allem Planck a.a.O. Bem. 2,b zu § 559 und die dort angeführte zahlreiche Literatur.

[176]) R.G.R.-K. II. Bd., Bem. 2 zu § 1257 BGB.

[177]) Oben S. 39.

wähnten Fall der Vermieter sein Pfandrecht nicht ausüben kann, daneben Schadensersatzansprüche stets dann bestehen, wenn der Mieter dem Vermieter gegenüber sein Eigentum wider Treu und Glauben behauptet hat.

In Betracht kommen kann auch noch § 267 BGB.[178]) Hat nämlich der Mieter-Käufer aus dem Kauf unter Eigentumsvorbehalt nicht in Person zu leisten — was fast immer zutreffen dürfte — so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Der Vermieter könnte also den restlichen Kaufpreis an den Verkäufer zahlen und dadurch den Eigentumsübergang auf den Mieter bewirken. Der Verkäufer kann die Leistung des Vermieters in jedem Fall annehmen, selbst dann, wenn der Mieter widerspricht (§267 Abs. 2 BGB.). Widerspricht der Mieter nicht, und lehnt trotzdem der Verkäufer die Leistung durch den Vermieter ab, so kommt er in Annahmeverzug [179]), widerspricht der Mieter aber, so kommt der Verkäufer nicht in Annahmeverzug, da er dann berechtigt ist, die Annahme zu verweigern [180]).

Zu betrachten bleibt in diesem Zusammenhang noch die Eigentumsübertragung unter einer Resolutivbedingung. Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel: A hat dem B eine Zimmereinrichtung unter einer auflösenden Bedingung verkauft und übereignet. Der Vermieter C hat mit dem Einbringen der Sachen gemäß § 559 BGB. das gesetzliche Pfandrecht an ihnen erworben (denn im Gegensatz zur suspensiv bedingten Eigentumsübertragung geht hier das Eigentum ja über) [181]). B kann die Miete nicht zahlen. Inzwischen ist aber auch die Resolutivbedingung eingetreten. Hier entsteht die praktisch sehr wichtige Frage: „Bleibt das inzwischen begründete Vermieterpfandrecht trotz Eintritts der Resolutivbedingung bestehen oder geht es mit dem Eintritt unter?"

Die Frage ist bestritten, wird aber vom Rechtsstandpunkt dahingehend zu entscheiden sein, daß man mit Eintritt der Resolutivbedingung das Vermieterpfandrecht erlöschen läßt [182]). Rein vom Standpunkt der Rechtssicherheit aus ist zu sagen, daß es zu unerträglichen Konsequenzen führen würde, wollte man den Vermieter besser behandeln als den Verkäufer, der eine Sache unter einer Resolutivbedingung übereignet hat. Der Vermieter muß sich eben schon beim Einzug seines Mieters danach erkundigen, ob die von ihm eingebrachten Sachen in seinem Eigentum stehen und somit seinem, des Vermieters, Pfandrecht unterstehen. Wollte man zugunsten des Vermieters entscheiden, so würde der Verkäufer in vielen Fällen seines Eigentums verlustig gehen bzw. es mit dem

---

[178]) Vgl. hierzu auch Karff, S. 41 ff.

[179]) R.G.R.-K., I. Bd. Bem. 1 zu § 267 BGB.

[180]) R.G.R.-K., I. Bd. Bem. 2 zu 267 BGB. Der Abs. 2 d, § 267 besagt: „Der Gläubiger „kann" (darin liegt seine Berechtigung) die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht." Näheres bei Karff, S. 42 ff.

[181]) So v. Staudinger, Bem. IV, 2, c zu § 559; R.G.R.-K. Bem. 2 zu § 159.

[182]) So v. Staudinger Bem. 8 zu § 560 BGB.

Pfandrecht belastet zurückerhalten, nämlich stets dann, wenn der Käufer Mieter ist, und die Resolutivbedingung eintritt. Das ist aber offenbar eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Regelung.

Was nun das Gesetz selbst anbetrifft, so hat Niedner [183]) versucht, aus dem Gesetz heraus das Bestehenbleiben des Vermieterpfandrechtes auch nach Eintritt der Resolutivbedingung darzulegen. Er geht zunächst von § 158 Abs. 2 BGB. aus, wonach die Ex tunc-Wirkung des Eintritts der Resolutivbedingung ausgeschlossen sei. Seine weiteren Ausführungen stützen sich auf § 161 Abs. 1 und 2 BGB. Danach würden bei Eintritt der Bedingung allerdings die inzwischen begründeten Rechte Dritter aufgehoben, aber nur insoweit, als sie — abgesehen von einigen anderen Fällen — durch eine Verfügung des Erwerbers begründet worden seien. Das Pfandrecht des Vermieters beruhe aber nicht auf einer derartigen Verfügung, sondern auf dem Gesetz [184]). Man könne auch nicht das Vermieterpfandrecht mit jenen Verfügungen im Wege der Rechtskonsequenz (vgl. § 161 Abs. 1 BGB.) gleichstellen, da ein allgemeines Prinzip, aus dem sich eine solche Konsequenz ergäbe, nicht existiere. § 161 BGB. sei andererseits eine Ausnahmebestimmung, durch die die in § 158 BGB. ausgesprochene Verneinung der Rückbeziehung für solche Fälle eingeschränkt würde, in denen sie zu einer besonderen Beeinträchtigung des Rückfallsberechtigten führen würde. Niedner kommt dann noch im weiteren Verlauf seiner Ausführungen zu dem Ergebnis, daß die besonderen Erlöschungsgründe für das Vermieterpfandrecht erschöpfend in den §§ 560, 561 BGB. geregelt seien, da die übrigen Erlöschungsgründe der §§ 936, 1208, 1250, 1252, 1255, 1256 BGB. auch für alle übrigen Pfandrechte bzw. Rechte an fremden Sachen zuträfen.

Schließlich entspräche diese Auffassung auch der Billigkeit, da der Veräußerer bei der Uebereignung mit der Tatsache habe rechnen müssen, daß die Sachen mit dem Einbringen dem Vermieterpfandrecht unterworfen werden würden.

Gegen diese Ausführungen hat sich Raape[185]) gewendet und folgendes entgegnet: § 161 BGB. sei keineswegs eine Ausnahmebestimmung, sondern „die Konsequenz der zeitlich beschränkten subjektiven Zuständigkeit zu dem zeitlich unbeschränkten, objektiv bestehend gedachten Recht." Wer für 10 Jahre Eigentum erhalte, könne eben auch nur 10 Jahre darüber verfügen.

Niedner geht aber auch sonst von falschen Voraussetzungen aus bzw. kommt zu falschen Schlüssen. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß das Vermieterpfandrecht den Verfügungen im Wege der Rechtskonsequenz (§ 161 Abs. 1 BGB.) gleichzustellen ist, gerade weil das Gesetz hier dokumentiert, der Veräußerer müsse

---

[183]) D.J.Z. 1907, S. 569 ff.

[184]) Aus diesem Grunde läßt auch der R.G.R.-K. (a.a.O.) das Vermieterpfandrecht bestehen.

[185]) D.J.Z. 1908, S. 133 f.

gegen besondere Beeinträchtigungen geschützt werden. Kann es denn eine größere Beeinträchtigung geben als die, daß der Veräußerer im günstigsten Falle sein Eigentum mit der starken Belastung des Vermieterpfandrechtes zurückerhält? Nicht richtig ist auch der Schluß bezüglich der §§ 560, 561 BGB. Unmöglich kann doch daraus, daß die übrigen, oben genannten Paragraphen auch für alle übrigen Pfandrechte bzw. Rechte an fremden Sachen gelten, geschlossen werden, daß die Erschöpfungsgründe in den §§ 560, 561 BGB. ausschließlich geregelt seien.

Daß diese Regelung auch nicht der Billigkeit entspricht, ist schon oben erwähnt worden. Man kann mit demselben Recht fordern, daß der Vermieter sich nach den Eigentumsverhältnissen seines Mieters zu erkundigen habe, denn gerade er muß damit rechnen, daß die eingebrachten Sachen ganz oder zum Teil nicht im Eigentum des Mieters stehen.

Aus diesen Gründen ist also das Fortbestehen des Vermieterpfandrechtes nach Eintritt der Resolutivbedingung abzulehnen [186]).

---

§ 12.

Der Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Käufers.

Ausscheiden sollen hier die sich aus dem Konkurse des Verkäufers ergebenden Fragen, da sie viel Interessantes nicht zu bieten vermögen [187]). Wesentlich interessanter sind die mit dem Konkurse des Käufers entstehenden rechtlichen Wirkungen. Wie wir schon oben gesehen haben (§ 4), hat der bedingt Berechtigte während der Pendenz nicht nur eine Aussicht auf künftigen Erwerb, sondern bereits eine rechtlich geschützte Anwartschaft. Diese Anwartschaft gehört nun, wenn der Vorbehaltskäufer in Konkurs gerät, zur Konkursmasse, „falls nur das bedingt begründete oder übertragene Recht selber beschlagsfähig ist" [188]). Auf Grund seines Eigentumsvorbehaltes hat der Verkäufer ein Aussonderungsrecht gemäß § 43 KO., da dem Gemeinschuldner die Sache nicht gehört [189]). Der Aussonderungsanspruch kann „gerichtlich und außergerichtlich, angriffs- und verteidigungsweise geltend ge-

---

[186]) Vgl. zur Frage des Eigentumsvorbehaltes und Vermieterpfandrechtes noch Schulz, D.J.Z. 1908, S. 960 f u. gegen ihn Kirchner ebenda, 1909, S. 375.

[187]) Vgl. hierzu, sowie zu den folgenden Ausführungen, die umfassenden Zusammenstellungen bei Staub a.a.O. Anh. zu § 382 HGB., Anmerkung 76—117.

[188]) Jaeger, Komm. zur KO., 5. Aufl., I. Bd. Berlin 1916, Anm. 57 zu § 1. RGE. Bd. 52, S. 51; Bd. 69, S. 421, Jaffé a.a.O. S. 85; Lilienfeld a.a.O. S. 82 f; Kunze, der Eigentumsvorbehalt nach § 455 BGB. Diss., Leipzig 1913, S. 63.

[189]) Jaeger Anm. 17 zu § 43 KO. Das Eigentum wechselt aber durch Verbindung, Vermischung und Verarbeitung. Ferner Jaffé, S. 86; Lilienfeld S. 83; Kunze a.a.O.

macht werden" [190]). Gemäß § 46 KO. hat der Verkäufer den sogenannten Ersatzaussonderungsanspruch, d. h. er kann Abtretung des Rechtes auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, verlangen, falls Gegenstände, auf die sich sein Aussonderungsrecht bezog, vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder nach der Eröffnung von dem Verwalter veräußert worden sind. Zu beachten ist nach Satz 2 des § 46 KO., daß von dem Verkäufer die Gegenleistung nur dann aus der Masse beansprucht werden kann, soweit sie nach Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist [191]). Diese Bestimmung würde nicht ausreichen, falls zwar die Gegenleistung bei der Masse ist, von dieser aber nicht mehr unterschieden werden kann (z. B. Geld). Hier hilft § 59 KO., der dem Verkäufer die Möglichkeit gibt, als Massegläubiger „Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse" geltend zu machen, da derartige Ansprüche gemäß Ziff. 3 Masseschulden sind [192]). Unter Umständen können vom Verkäufer auch Ansprüche aus Ziff. 1 hergeleitet werden, namentlich dann, wenn der Konkursverwalter oder sein Erfüllungsgehilfe unzweckmäßig oder schuldhaft gehandelt hat. In diesem Falle ist aus der Masse voller Schadensersatz zu leisten [193]).

Eine Schwierigkeit entsteht nun, wenn bei gegenseitigen Verträgen von beiden Parteien noch nicht vollständig erfüllt ist. Hier greift der wichtige § 17 KO. ein, der folgendes bestimmt: „Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen." Abs. 2 verlangt noch, daß der Verwalter nach Aufforderung durch den anderen Teil sich ohne Verzug erklären muß, ob er die Erfüllung verlangen will. Im Unterlassungsfalle kann er auf Erfüllung nicht bestehen.

Soll § 17 KO. für den Kauf unter Eigentumsvorbehalt zutreffen, so ist nach dem Gesagten erforderlich, daß Käufer und Verkäufer zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht vollständig oder überhaupt nicht erfüllt haben. „Es hängt die Anwendbarkeit des § 17 KO, davon ab, daß bei Konkurseröffnung ein gegenseitiges Schuldverhältnis wenigstens bedingt begründet ist" [194]).

Klar ist, daß der Käufer dann noch nicht erfüllt hat, wenn er den gesamten Kaufpreis noch nicht bezahlt hat, wenn er also noch eine oder mehrere Ratenzahlungen zu leisten hat. Nicht

[190]) Jaeger, Anm. 58 zu § 43. — Bezüglich des Aussonderungsrechtes sind die Voraussetzungen des § 26 Satz 1 nicht gegeben. Anm. 15 zu § 26.

[191]) Vgl. zu § 46 KO. auch Römer, der Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Käufers, in der Zeitschr. „Rundschau für G.m.b.H." herausgegeben von Schmidt, Nr. 5, Mai 1926.

[192]) Jaeger, Anm. 10 ff zu § 59 KO.; Jaffé, S. 87; Kunze, S. 64.

[193]) Jaeger, Anm. 1 zu § 59 KO; Jaffé, S. 87; Kunze, S. 87.

[194]) Jaeger, Anm. 24 zu § 17 KO.

ohne weiteres ist aber zu entscheiden, ob der Verkäufer, der dem Käufer die Sache unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, damit allen ihm vertraglich obliegenden Verpflichtungen nachgekommen ist. Freilich geht, wie wir auf S. 39 f. gesehen haben, das Eigentum mit Eintritt der Bedingung ipso iure auf den Käufer über, weshalb die in einigen Entscheidungen des Reichsgerichts (oben S. 40) wiedergegebene Ansicht falsch ist, der Wille des Verkäufers, Eigentum zu übertragen, müsse noch im Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung vorhanden sein. Hiervon ist aber die Frage scharf zu scheiden, ob der Verkäufer im Sinne des § 17 KO. vollständig erfüllt hat oder nicht. Sehr richtig unterscheidet Enneccerus [195]) zwischen Erfüllungshandlung und Erfüllungserfolg. Die erstere ist vollendet, die letztere aber noch nicht eingetreten, da der Käufer noch nicht Eigentümer ist.

Nach herrschender und auch richtiger Meinung hat der Verkäufer unter den angegebenen Voraussetzungen noch nicht vollständig erfüllt im Sinne des § 17 KO.[196]). Daraus folgt, daß der Konkursverwalter des Gemeinschuldners, also des Käufers, das Wahlrecht des § 17 hat, ob er in den Vertrag eintreten, ihn also erfüllen, oder ob er die Erfüllung ablehnen will. In dieser Richtung bewegen sich auch die Entscheidungen des Reichsgerichts [197]) und betonen ausdrücklich, daß man schon aus praktischen Erwägungen zu der obigen Auffassung gelangen müsse, da ja der Eigentumsvorbehalt gerade zur Sicherung des Verkäufers für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Käufers vereinbart worden sei. Andernfalls müßte sich sonst der Verkäufer stets auf die Anmeldung des Kaufpreises als Konkursforderung verweisen lassen.

Entscheidet sich der Verwalter nun für Erfüllung, so bleibt der Vertrag in der bisherigen Form bestehen, insbesondere muß der Verwalter die noch ausstehenden Raten zahlen, um dadurch das Eigentum für den Gemeinschuldner zu erwerben. Der Verwalter muß die volle Restsumme zahlen nicht etwa eine entsprechende Konkursquote[198]). Mit der Kundgabe des Erfüllungsbegehrens ist die Kaufpreisschuld zur Masseschuld geworden gemäß § 59 Nr. 2 KO. Sie ist selbst vor den Massekosten zu berichtigen, ein Zwangsvergleich gemäß § 193 KO. trifft sie nicht[199]). Das Vorgehen vor den Massekosten ergibt sich aus § 60 KO., während aus § 57 KO. das Vorgehen vor allen anderen Konkursfor-

[195]) I,2 § 341, I,2 Anm. 2.

[196]) So Jaeger, Anm. 11 zu § 17 KO; Stiersomlo-Elster (Michaelis) a.a.O. S. 49; Staub, Anm. 90 zu § 382 HGB.; Brecht a.a.O. S. 297, Sternberg in J.W. 1913, S. 851 f; Jaffé, S. 87 f; Fußhöller, S. 31 f; Kunze, S. 67 A. M. Lilienfeld, S. 84 f mit der unhaltbaren Begründung, der Verkäufer habe mit der Uebergabe vollständig erfüllt. Uebergabe heißt aber nur Besitzverschaffung (vgl. S. 34 der Arbeit) und diese genügt nicht, da § 433 BGB. auf § 455 BGB. anzuwenden ist.

[197]) Besonders im Bd. 64, S. 206 u. S. 334 ff, sowie im Bd. 85, S. 403 f.

[198]) Römer a.a.O.

[199]) Jaeger, Anm. 33 zu § 17 KO; Staub, Anm. 90 zu § 382 HGB.; Jaffé, S. 89 f; Kunze a.a.O.

derungen folgt. Bezüglich des Zwangsvergleiches sind die §§ 191 Abs. 1 und 193 KO. maßgebend.

Der Verwalter kann nun aber auch die Erfüllung des Vertrages ablehnen. Diese Befugnis zur Ablehnung bildet nach Jaeger[200]) „einen auf konkursrechtlicher Sondervorschrift beruhenden und ausschließlich für den Konkurs geschaffenen unselbständigen Massebestandteil."

Im übrigen berührt die Ablehnung den Eigentumsvorbehalt des Verkäufers nicht. Der Vertrag bleibt weiterhin bestehen; es entfallen für die Zukunft nur die gegenseitigen Ansprüche auf Erfüllung des Vertrages. Der Verkäufer hat nur noch einen Anspruch auf Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrages, einen Anspruch, den er aber gemäß § 26 KO. nur als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend machen kann[201]). Verlangt der Verkäufer auf Grund der Ablehnung sein Eigentum zurück — diesen Anspruch kann er nunmehr als Aussonderungsanspruch gemäß § 43 KO. geltend machen[202]) —, so bleibt daneben noch der Anspruch auf Schadensersatz bestehen, insoweit nämlich der Verkäufer auch jetzt noch geschädigt ist, sowie auch der Anspruch auf entgangenen Gewinn[203]). Der Verkäufer, muß, wenn er die Sache aus der Konkursmasse zurückfordert, nicht auch stets die erhaltenen Raten zurückzahlen[204]). Dies trifft nur dann zu, wenn die Raten als „ohne rechtlichen Grund erhalten" anzusehen sind, wenn also mit anderen Worten der Verkäufer ungerechtfertigt bereichert ist. Man denke z. B. daran, daß er die Sache unverändert, ohne jede Wertminderung zurückerhält[205]). Liegt allerdings ein Abzahlungsgeschäft im Sinne des oben im § 9 erörterten Gesetzes vor, so kommt der § 5 des Gesetzes zur Anwendung. Tritt in diesem Fall der Verkäufer zurück oder verlangt er nur sein Eigentum zurück (dieses Verlangen steht ja dem Rücktritt gleich. Vgl. S. 46f. der Arbeit), so muß er stets die geleisteten Anzahlungen zurückerstatten[206]).

Erwähnt sei noch, daß die Schadensersatzansprüche als gewöhnliche Konkursforderungen natürlich einem Zwangsvergleich gemäß § 193 KO. unterliegen.

---

[200]) Anm. 40 zu § 17 KO.

[201]) Vgl. Jaeger, Anm. 43 zu § 17; Staub, Anm. 90 zu § 382 HGB.; Sternberg a.a.O.; Jaffé, S. 90; Kunze, S. 68 f. Ferner RGE., Bd. 64, S. 206 und Bd. 22, S. 111.

[202]) Staub a.a.O. „Denn der aufschiebend bedingte Eigentumsvorbehalt ist durch die Erklärung des Konkursverwalters zu einem unbedingten Eigentumsanspruch geworden." Vgl. ferner RGE., Bd. 63, S. 307; Bd. 46, S. 99; Jaeger, Anm. 15 zu § 26.

[203]) Staub a.a.O.; Römer a.a.O.; Jaffé, S. 93 f.

[204]) Vgl. Stier-Somlo-Elster (Michaelis) a.a.O.

[205]) Vgl. Staub a.a.O.; Jaffé, S. 94 f; Jaeger, Anm. 46 zu § 17 KO.; Lilienfeld, S. 86; Kunze, S. 69.

[206]) Staub, Anm. 93; Lilienfeld, S. 86. Vgl. auch Anm. 204 der Arbeit.

Schließlich kann noch der Fall eintreten, daß der Verwalter sich weder für Erfüllung noch für Ablehnung der Erfüllung des Vertrages ausspricht und von der anderen Seite zu einer diesbezüglichen Erklärung auch nicht aufgefordert wird. Dann besteht der Vertrag unverändert fort, die Eröffnung und die Beendigung des Konkurses berühren ihn nicht. Unbenommen ist es dem Verkäufer in diesem Falle als einfacher Konkursgläubiger seine Kaufpreisforderung anzumelden, wodurch diese dann aber von einem eventuellen Zwangsvergleich mitergriffen wird[207]).

Verwiesen sei noch auf § 164 KO., der dem Verkäufer das Recht gilt, nach Aufhebung des Konkursverfahrens seine ihm noch gegen den Käufer zustehenden Forderungen (falls er also nicht befriedigt worden ist) unbeschränkt geltend zu machen. Voraussetzung ist natürlich, daß es während des Verfahrens nicht zu einem Zwangsvergleiche gekommen ist.

Aus den Darlegungen der letzten Seiten ergibt sich deutlich, daß mit der Konkurseröffnung die Bedingung nicht als ausgefallen gelten kann. Mit Recht nimmt die herrschende Meinung das Weiterbestehen des Vertrages an. Fassung und Inhalt des § 17 KO. sind klar und deutlich. Der Konkursverwalter könnte anderenfalls kein Wahlrecht haben, während doch nicht bestritten werden kann, das § 17 KO. auch für den Kauf unter Eigentumsvorbehalt maßgebend ist.[208])

Kurz bemerkt sei zum Schluß noch, daß bei auflösender Bedingung der Konkursverwalter des Käufers ebenfalls das Wahlrecht nach § 17 KO. hat. Der Vertrag ist hier deshalb vom Verkäufer noch nicht vollständig erfüllt, weil — wie Staub[209]) zutreffend anführt — § 433 Abs. 1 BGB. endgültige Eigentumsverschaffung verlangt.

Ein entsprechendes Wahlrecht hat auch der Konkursverwalter des Verkäufers, wenn der Verkäufer in Konkurs fällt. Zahlt bei aufschiebender Bedingung, falls der Verwalter Erfüllung verlangt hat, der Käufer nicht vollständig, so kann der Verwalter zurücktreten. War für Nichterfüllung entschieden, so kann der Käufer die Rückgabe seines Eigentums verlangen. Entsprechendes gilt für die auflösende Bedingung. Hier fällt bei Ablehnung der Vertragserfüllung das Eigentum in die Konkursmasse zurück. Der Käufer kann gemäß § 26 KO. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.[210])

---

[207]) Näheres über diese Fragen bei Jaffé, S. 79 ff. Vgl ferner Jaeger, Anm. 53 zu § 17; Kunze, S. 70.

[208]) Eine nähere Erörterung würde an dieser Stelle zu weit führen. Vgl. hierzu Jaffé, S. 90 ff. und die dort Zit.; Lilienfeld, S. 50 ff.; Fußhöller, Seite 35.

[209]) Staub, Anm. 91 zu § 382 HGB.

[210]) Staub, Anm. 92 zu § 382 HGB.

III. Abschnitt. Die Bedeutung des Bestandteilsbegriffes für den Eigentumsvorbehalt.

§ 13.

Der Eigentumsvorbehalt an Maschinen.

In diesem neuen, besonderen Abschnitt ist noch eine Frage von großer rechtlicher und vor allem praktischer Bedeutung zu behandeln, nämlich die Frage des Eigentumsvorbehaltes an Maschinen. Sie ist keineswegs neu und in Literatur und Rechtsprechung reichlich erörtert worden. Nichtsdestoweniger hat sie im Laufe der Jahre nicht an Bedeutsamkeit verloren und tritt gerade jetzt im Zeichen des gewaltigen Wirtschaftskampfes wieder stark in den Vordergrund.

Es handelt sich darum, zu entscheiden, unter welchen Umständen eine Maschine, die dem Fabrikanten vom Lieferanten unter Vorbehalt des Eigentums geliefert worden ist, wesentlicher Bestandteil des Gebäudes wird, in dem sie aufgestellt worden ist. Das ist insofern von Bedeutung, als nach § 93 BGB. wesentliche Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, d. h. also praktisch, wird die gelieferte Maschine wesentlicher Bestandteil des entsprechenden Gebäudes, so muß notwendig der an ihr bestehende Eigentumsvorbehalt untergehen. Daß diese Frage für den Fabrikanten, vor allem aber für den Lieferanten von einschneidendster Bedeutung ist, liegt auf der Hand.

Es konnte nicht ausbleiben, daß auch unser höchster Gerichtshof, das Reichsgericht, sich einmal mit diesem Problem beschäftigen mußte Da wurde nun die Praxis, insbesondere die vor allem interessierten Maschinenlieferanten vor die überraschende Tatsache gestellt, daß das Reichsgericht einen für die Lieferanten höchst ungünstigen Standpunkt einnahm, indem es in sehr vielen Fällen — dem Verständnis der Laien und vor allem auch vieler Juristen zuwider — die Maschinen als wesentliche Bestandteile ansah.[211]) Das Reichsgericht führte hier ungefähr folgendes aus: Es komme lediglich auf das Wesen einer Fabrik an. Trete man der im § 93 BGB. erforderlichen Wesensänderung näher, so müsse man untersuchen, ob das Gebäude nach der Trennung der Maschinen dasselbe bleibe, was es gewesen sei, als die Maschinen in ihm aufgestellt worden waren. Nicht zu fragen sei aber danach, ob das Gebäude durch die Trennung wieder den Zustand annehme, in dem es sich vor dem Aufstellen der Maschinen befunden habe. Kämen in ein Gebäude, das zu einem Fabrikbetrieb bestimmt sei, Maschinen, die zum Be-

[211]) Maßgebend und grundlegend für diese ältere Auffassung sind vor allem die RGE., Bd. 50, S. 241 ff.; Bd. 62, S. 406 ff., 410; Bd. 63, S. 171 ff., 416. — Eine umfassende Zusammenstellung der Rechtssprechung in dieser Frage gibt Krückmann, Wesentlicher Bestandteil und Eigentumsvorbehalt. Ein Rechtsgutachten, Leipzig 1906, S. 2 ff.

trieb gerade dieses bestimmten Fabrikbetriebes erforderlich seien, so entstehe ein neues einheitliches Ganzes, die Fabrik. Durch Entfernung dieser Maschinen werde das Fabrikgebäude als solches zwar nicht getroffen, wohl aber die Fabrik als Ganzes, und somit sei eine Wesensänderung eingetreten.

Es wird also nach der Auffassung des Reichsgerichtes durch das Entfernen der Maschinen einmal die durch das Aufstellen der Maschinen geschaffene neue Einheit zerstört, wie auch das Gebäude, wenn es auch als solches bestehen bleibe, insofern eine Veränderung erfahre, als es zu dem bestimmten Zweck nicht mehr verwendbar sei.[212]) Werden also z. B. die zum Betrieb einer Holzbearbeitungsfabrik bestimmten Maschinen aus dem Fabrikgebäude entfernt, so ist das Gebäude nicht mehr das, was es sein sollte, seiner Betimmung entprechend nicht mehr das, was es durch die Einbringung der Maschinen geworden war. Es ergibt sich somit die Gleichung: Gebäude + Maschinen = Fabrikgebäude, daher Maschinen = wesentliche Bestandteile der Fabrik.[213])

Wie weit das Reichsgericht in seiner Auffassung geht, zeigt am besten die Entscheidung, durch die eine Lokomobile zum wesentlichen Bestandteil einer Schotteranlage erklärt wurde. Die Lokomobile stand in einem besonderen Schuppen und war mit zwei Tragfüßen auf einem massiven Fundament festgeschraubt. Mit der Schotteranlage war sie lediglich durch einen Treibriemen verbunden.[214]) Zu diesem Resultat gelangte das Reichsgericht durch „entsprechende" Auslegung der §§ 93, 94, 97 und 98 Nr. 1 BGB.

Allmählich trat eine Wandlung in der Auffassung des Reichsgerichtes ein. Nach dieser neueren Rechtsprechung[215]) soll die Maschine nur dann wesentlicher Bestandteil des Gebäudes sein, „wenn sie zu dessen eigener Vollendung gehört (z. B. Fahrstühle, Zentralheizungsanlagen) oder wenn gar das Gebäude selbst um der Maschine willen als Maschinenschuppen, Kesselhaus oder dergl. angelegt ist."[216]) Vor allem legt das Reichsgericht jetzt Wert auf die Verkehrsauffassung. Es läßt unter Umständen auch eine lose Verbindung genügen. „Dann muß aber die Art der Herstellung und Einrichtung der Maschinen oder des gewerblichen Gebäudes eine solche sein, daß der Verkehr trotz der losen Verbindung alles zusammen nur als eine Sache auffaßt. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn die Maschinen nicht Marktwaren, sondern individuell für das betreffende gewerbliche Gebäude hergestellt sind,

---

[212]) Vgl. insbesondere noch die Entscheidungen in J.W. 1906, S. 417 ff.; 1907, S. 242; im „Recht" (Soergel) 1907, S. 242 u. 1060.

[213]) So Wedemeyer in der DJZ. 1908, S. 297 f.

[214]) Näheres in J.W. 1906, S. 417 ff.

[215]) Vgl. J.W. 1907, S. 128; RGE., Bd. 67, S. 30 ff. (J.W. 1908, S, 2); Gruchot, Bd. 52, S. 913 ff.; J.W. 1908, S. 323; 1911, S. 532, sowie RGE. Bd. 69, S. 118 ff.

[216]) Oertmann, Komm. zum BGB., 1. Buch, 3. Aufl., Berlin 1926, Anm. 4 zu § 94.

oder wenn das Gebäude eigens um eine Maschine herum gebaut ist."[217])

Am deutlichsten gibt diese Schwenkung des Reichsgerichtes eine Entscheidung wieder, in der eine Schnellpresse nicht zum wesentlichen Bestandteil erklärt wurde. Diese Presse war nicht mit dem Fußboden verbunden, sondern hatte „behufs Erzielung der nötigen Standhaftigkeit ein zirka 100 Zentner schweres Fundament, das ein Stück der Maschine selbst bildete."[218])

Mag auch diese neue Auffassung des Reichsgerichtes[219]) immerhin ein Fortschritt im Sinne einer den dringenden Verkehrsbedürfnissen Rechnung tragenden Rechtsprechung bedeuten, eine befriedigende Lösung des ganzen Problems mag auch sie nicht zu geben. Dabei braucht man dem bestehenden Recht durchaus keinen Zwang anzutun, sondern kann dem praktischen Bedürfnisse entsprechend Recht sprechen lediglich durch sinngemäße Interpretation der erwähnten Gesetzesparagraphen.

Was die Betonung der Verkehrsauffassung anbelangt, so bemerkt Siecke[220]) sehr richtig, daß man stets auf Schwierigkeiten in der Praxis stoßen werde, wenn man wirklich objektiv im einzelnen Falle die Verkehrsauffassung ermitteln wolle. Im übrigen folgert Siecke aus der reichsgerichtlichen Ansicht sehr richtig: Angeschraubte Maschinen sind meist wesentlicher Bestandteil, ebenso dann, „wenn das Gebäude objektiv als für den konkreten Betrieb besonders eingerichtet erscheint." Welche Maschinen sind danach also nicht wesentliche Bestandteile? Zwei kleine Gruppen: die nur beweglich hingestellten kleinen Handmaschinen und von den aufgeschraubten Maschinen diejenigen, die in einem Fabrikgebäude „in abstracto" stehen. Lediglich für diese kleinen Gruppen müßte dann also der Gesetzgeber den § 98 Nr. 1 BGB. eingefügt haben.[221]) — Das kann er natürlich nicht gewollt haben. Schlechthin gilt § 98 Nr. 1 BGB. ja nicht, sondern nur in Verbindung mit § 97 BGB., woraus folgt, daß Maschinen nur dann Zubehör der Hauptsache sein können, wenn sie nicht schon wesentliche Bestandteile sind.[222])

Ganz abgesehen von diesen Erwägungen hat auch in anderer Beziehung die Judikatur des Reichsgerichtes in der Literatur einen Sturm der Entrüstung hervorgerufen. In nicht mißzuverstehender

---

[217]) Vgl. die Entscheidung des V. Zivilsenates vom 2. November 1907 (J.W. 1908, S. 2).

[218]) Vgl. die Entscheidung vom 4. 4. 1908. Ferner Wagner im „Recht", 1908, S. 665 f.

[219]) Vgl. hierzu auch Oertmann a.a.O., Anm. 2, d zu § 93 BGB.

[220]) D.J.Z. 1908, S. 946 ff. Vgl. hierzu auch v. Staudinger, I. Bd., 1912, Bemerk. 3, e, ε zu § 94 BGB.

[221]) Ebenso Geiler, D.J.Z. 1904, S. 543 ff. Ferner Frank, die Maschinenindustrie und ihre Gefährdung durch die Rechtsprechung, Freiburg 1907, S. 6.

[222]) R.G.R.-K., I. Bd., Leipzig 1923, Bem. 1 zu § 98 BGB.; Oertmann, Anm. 1 zu § 98; v. Staudinger, I. Bd. 1912, Anm. 2 zu § 98; Geiler a.a.O.; Krückmann in J.W. 1906, S. 673. Motive III, § 791, 2 (S. 67).

Deutlichkeit ruft Krückmann[223]) aus: Kluge Richter brauche man dem deutschen Volke nicht erst zu wünschen, die habe es, aber daß es mutige Richter gewinne, das werde wohl noch mehrfach ausgesprochen werden müssen. — Es würde zu weit führen, wollte ich auf alle Einzelheiten der vielen Gegenschriften, besonders auf die vortreffliche Entgegnung Krückmann's eingehen. Darum sei nur das Wesentliche kurz gestreift.[224])

Krückmann führt aus, in der Ansicht des Reichsgerichtes sei in doppelter Weise ein Verstoß gegen ausdrückliche positive Gesetzesbestimmungen enthalten.[225]) Eine ausdrückliche Gesetzesverletzung läge vor, wenn das Reichsgericht den § 98 Nr. 1 BGB. praktisch vollständig ausschalte und ein Verstoß gegen den Sinn des Gesetzes, wenn das Reichsgericht den § 98 so unberechtigt einenge. Es werde ferner aber auch der Begriff des unwesentlichen Bestandteiles ausgeschaltet, das sei der zweite Verstoß. Vor allem verkenne das Reichsgericht den Unterschied zwischen Gesamtheit und Summe. Eine Gesamtheit könne Bestandteile haben und entbehren, eine Summe habe nur Teile und könne keinen einzigen Teil entbehren. Eine Gesamtheit bleibe trotz Verlustes eines Bestandteils immer noch dieselbe Gesamtheit, eine Summe aber werde sofort durch Verlust des kleinsten Teiles zu etwas anderem. Korporation bleibe trotz Wechsels der Mitglieder stets Korporation, 18 Schafe seien aber keine 17 Schafe. Ein völlig verstümmelter Soldat bleibe immer noch dieselbe begrifflich und historisch identische Persönlichkeit, die er früher war. Universitas rerum distantium und universitas rerum cohaerentium. Das sei der wesentliche Unterschied. Nur zum Schutze der letzteren seien unbestrittenerweise die §§ 93, 94 geschaffen worden.

Gegen diese durchaus folgerichtigen Erwägungen nimmt noch im Jahre 1909 Bierhaus Stellung.[226]) Ich will damit sagen, es ist erstaunlich, daß sich Bierhaus noch im Jahre 1909 auf den einseitigen älteren Standpunkt des Reichsgerichtes stellt[227]), also zu einer Zeit, wo das Reichsgericht selbst schon eine gewisse Schwenkung vorgenommen hatte. Im übrigen vermögen seine Ausführungen die Ansicht Krückmann's nicht im geringsten zu widerlegen. Bierhaus meint, die Fassung des § 93 BGB. biete zur Anahme einer derartigen Möglichkeit keine Handhabe. Ein zu einer Fabrik bestimmtes und mit Maschinen versehenes Gebäude sei nach Fortnahme der

---

[223]) J.W. 1906, S. 678.

[224]) Manches der Gegenargumente trifft auch nicht mehr zu, da die Auffassung des Reichsgerichts ja etwas günstiger geworden ist. Im großen und ganzen treffen die Entgegnungen aber auch heute noch zu.

[225]) Vgl. zu den folgenden Ausführungen Krückmann a.a.O., S. 673 ff.

[226]) Der Eigentumsvorbehalt an Maschinen, die in einem Fabrikgrundstück aufgestellt sind, Rostock. Diss., Stendal 1909, S. 30 ff. — Ebenfalls für die ältere Auffassung des Reichsgerichtes tritt Wagner ein. Vgl. „Recht" 1908, S. 666 ff.

[227]) Vgl. S. 11, wo er darlegt, daß er sich die in den RGE. Bd. 50, 58, 62 u. 63 festgelegte Auffassung des Reichtsgerichts zu eigen mache.

Maschinen wirtschaftlich etwas anderes, wie vorher als Bestandteil der tätigen lebenden Fabrik. Ja, kommt es denn darauf an, ob das Gebäude wirtschaftlich (in der von Bierhaus gebrauchten Bedeutung) etwas anderes geworden ist? § 93 soll lediglich die Zerstörung wirtschaftlicher Werte verhindern (in dem Sinne verhindern, daß einer nutzlosen Zerstörung materieller, nicht aber ideeller Werte entgegengetreten wird).[228]) Wo ist aber eine solche gegeben, wenn die Maschinen ohne Beschädigung des Gebäudes und ihrer selbst entfernt und jederzeit durch andere ergänzt werden können?[229]) Werden also die alten Maschinen unter den angegebenen Voraussetzungen durch bedeutend bessere neue ersetzt, so liegt ja gerade das Gegenteil einer Zerstörung wirtschaftlicher Werte vor. Durchaus zutreffend bemerkt auch Lenel[230]), daß es nach dem Wortlaut des Gesetzes auf eine nur zeitweise Störung der Benutzung des Ganzen nicht ankommen kann. Diese Störung sei ja auch bei Entfernung von Einrichtungsgegenständen gegeben, die zweifellos bloß Zubehör oder nicht einmal Zubehör seien.

Jeglicher Ueberzeugungskraft entbehren aber die weiteren Entgegnungen von Bierhaus. Es liegt durchaus nicht an der Unvollkommenheit unserer Sprache, wenn wir die Gesamtheit immer noch als Gesamtheit bezeichnen, mögen wir ihr auch etliche Bestandteile genommen haben. Der Mensch, dem man den Verstand nimmt, hat selbstverständlich mit dem, was er früher war, nur das Aeußere gemeinsam, aber deswegen bleibt er doch ein Mensch, oder ist ein Irrer kein Mensch? Es wird sich stets zeigen, daß die Versuche, den falschen Standpunkt des Reichsgerichts noch stützen zu wollen, verfehlt sind, weil die Motive und der Sinn des Gesetzes ihnen entgegenstehen.[231])

Das Gesetz verlangt Wesensänderung im Sinne von Zerstörung wirtschaftlicher Werte. Daraus folgt, daß, wenn man hier schon die Scheidung in Fabrikgebäude und Fabrikbetrieb machen will, es nur auf den Begriff des Fabrikgebäudes ankommen kann. Wie schon erwähnt, ist allein die Frage zunächst zu beantworten, ob das Gebäude durch Ersatz der Maschinen wieder zu einem Fabrikbetrieb ergänzt werden kann. Das wird fast immer zu bejahen sein. Selbstverständlich darf eine Zerstörung oder starke Beschädigung des einen oder anderen Teiles nie in Frage kommen.

Fälschlich hat auch das Reichsgericht mit dem Begriff des „Wesens" operiert. Behalten die Sachen auch nach der Trennung ihren vollen wirtschaftlichen Wert, so kann auch von einer Veränderung ihres Wesens keine Rede sein.[232]) Mit Recht fragt

---

[228]) Motive III, § 782 (S. 41 ff.). Vgl. auch Lenel, D.J.Z. 1906, S. 50.

[229]) Vgl. auch Geiler a.a.O.

[230]) a.a.O., S. 48, Anm. 1.

[231]) Vgl. auch die Ausführungen von Krückmann, in dem bereits zitierten Rechtsgutachten, S. 23 ff.

[232]) Näheres bei Lenel, D.J.Z. 1906, besonders S. 48 und zu § 94, S. 50.

Lenel[233]), woher dieser vom Reichsgericht gebrauchte Begriff des „Wesens" eigentlich stamme. Aus dem BGB. jedenfalls nicht, denn das definiere ihn nicht, aus dem gemeinen Sprachgebrauch auch nicht, denn dem stehe diese Auslegung schroff entgegen und schließlich auch nicht aus den Motiven, da diese ja eine Zerstörung wirtschaftlicher Werte verlangen.

Von weiteren Gegnern der reichsgerichtlichen Auffassung sei noch Frank erwähnt[234]), der aber zu weit geht, wenn er den Parteivereinbarungen ausschlaggebende Bedeutung beilegen will.

Hingewiesen sei auch noch auf eine von der Redaktion des „Vulkan" herausgegebene Schrift[235]), die aber unter dem Banne der Auffassung des Laien steht und daher oft zu Ergebnissen kommt, die nach dem positiven Recht unhaltbar sind. So ist es natürlich ein Unding, wenn es dort z. B. auf S. 15 von § 98 Nr. 1 BGB. heißt: „Ob die Maschine verbunden ist oder nicht, ist gleichgültig, da das Gesetzbuch schlechtweg von Maschinen redet und keinerlei Einschränkungen macht." Auch die auf S. 17 vertretene Ansicht ist verkehrt, wonach die Maschine nach den §§ 93, 94 BGB. niemals wesentlicher Bestandteil werden könne. Richtig ist es aber, wenn S. 18 f gesagt wird, die Maschinen müßten, falls § 94 Abs. 1 BGB. vorliegen sollte, unmittelbar mit dem Erdboden verbunden sein.[236])

Zusammenfassend sei noch einmal festgestellt, wann eine Maschine wesentlicher Bestandteil des Gebäudes wird:

1. Nach § 93 BGB[237]):
   a) Wenn die Maschine oder das Gebäude oder auch beide durch Entfernung ganz oder erheblich zerstört bezw. beschädigt werden, so daß sie wirtschaftlich nicht mehr zu gebrauchen sind,
   b) Wenn die Maschine oder das Gebäude oder beide so füreinander gearbeitet sind, daß durch eine Trennung, auch durch entsprechende Ersatzstücke, der bisherige wirtschaftliche Zweck nicht mehr erreicht werden kann.

   Unerheblich ist also in beiden Fällen die leichter oder schwerer lösbare Verbindung.
2. Nach § 94 BGB.:
   a) Wenn die Maschine mit dem Erdreich[238]) so fest verbunden ist (z. B. durch Einmauerung oder tiefe Eingrabung), daß

---

[233]) D.J.Z. 1907, S. 509 ff.

[234]) a.a.O.

[235]) Eigentumsvorbehalt an Maschinen. Zur Wahrung der Interessen der deutschen Maschinenindustrie.

[236]) So auch Oertmann, Bem. 4 zu § 94 BGB.; R.G.R.-K., Bem. 2 zu § 93 BGB., Bem. 2 zu § 94 BGB.

[237]) Vgl. vor allem Oertmann a.a.O.; R.G.R.-K., Bem. 2 zu § 93 und 2 zu § 94 BGB.; Siecke a.a.O. a. E.; Bierhaus, S. 20 f.

[238]) Ueber eine unhaltbare Entscheidung des O.L.G. Colmar, daß die mit dem Gebäude fest verbundenen Sachen mittelbar auch mit dem Grundstück fest verbunden seien, vgl. Oertmann, Anm. 4 δ zu § 94 BGB.

eine Lösung die Vernichtung bezw. Beschädigung der Maschine zur Folge hätte.

b) Wenn die Maschine zur Vollendung, d. h. zu der Sonderart und dem Sonderzweck des Gebäudes eingepaßt wird (z. B. der zum Betrieb eines Fahrstuhles erforderliche Motor in einem hochherrschaftlichen Hause).

c) Wenn — ein seltenerer Fall — das Gebäude besonders für die Maschine errichtet wird (z. B. ein Kesselhaus).[239])

---

§ 14.

Hilfskonstruktion mit Einschluß der österreichischen Gesetzesbestimmungen.

Die rechtliche Auffassung des Reichsgerichts in der erörterten Frage hat in der Literatur zu Konstruktionen geführt, die dem Bedürfnis der Praxis entgegenkommen wollen. Diese Konstruktionen haben das bestehende Recht zur Grundlage, beziehen sich also nicht auf eine Aenderung der gesetzlichen Bestimmungen.[240])

Die wesentlichsten Konstruktionen führt v. Staudinger an.[241]) Es handelt sich hier

1. um die Annahme eines Mietverhältnisses unter Heranziehung des § 95 BGB.
2. um die Konstruktion einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit unter Bezugnahme auf § 95 Abs. 1, Satz 2 BGB. und
3. um die Heranziehung des Erbbaurechtes als Ersatzmittel für den Eigentumsvorbehalt.

Außerdem konstruiert Krückmann[242]) hier noch ein Gewohnheitsrecht. Der Ausweg des unwesentlichen Bestandteils ist selbstverständlich und ergibt sich naturgemäß stets dann, wenn die oben dargelegten Voraussetzungen für den wesentlichen Bestandteil nicht vorliegen.[243])[244])

---

[239]) Vgl. zu diesem Kapitel noch Enneccerus-Kipp-Wolff, I, 1 1924, § 118, I, II, insbesondere I, 2, Anm. 4 u. II, 1. Ferner Anthes, Zur Frage des Eigentumsvorbehaltes an Maschinen, Rostock. Diss., Wiesbaden 1908, insbesondere S. 41 ff.

[240]) Ob es einer solchen trotz sinngemäßer Interpretation der §§ 93, 94 BGB. noch bedarf, kann zweifelhaft sein. Manche sagen, daß eine vernünftige Auslegung (besonders unter Berücksichtigung der Motive) dem Verkehrsbedürfnis genügend Rechnung trage. Vgl. Lenel, D.J.Z. 1906; die Schrift des „Vulkan"; Anthes a.a.O., S. 49. Vgl. den Schluß (C.) der Arbeit.

[241]) a.a.O., Bem. 6, a zu § 93 BGB.

[242]) Rechtsgutachten S. 51 ff.

[243]) Vgl. Krückmann a.a.O., S. 31 ff.

[244]) Eine direkte Gesetzesänderung verlangt Frantz, Eigentumsvorbehalt und wesentlicher Bestandteil mit Rücksicht auf die Maschinenindustrie, Mannheim 1907. Er schlägt eine Abänderung des § 455 oder des § 98 BGB. vor. Vgl. S. 42 ff. (besonders S. 45 ff.).

Was die Konstruktion des Mietverhältnisses anbelangt, so setzt sich hierfür vor allem Krückmann ein.[245]) Er will folgenden Vertrag zwischen den Parteien annehmen: „Die Fabrik vermietet Herrn X die Maschinen, Herr X zahlt in zweimonatlichen Raten je 500 M. Wenn er 4 Raten pünktlich eingezahlt hat, gilt die letzte Quittung als Einwilligung in den Eigentumsübergang. Andernfalls tritt die Fabrik zurück und verlangt von Herrn X folgende Gebühren oder hat an ihn folgendes zu leisten." Daß der Mietzins in der Praxis fast nie ausdrücklich ausbedungen sein wird, erklärt Krückmann damit, daß er sachlich in jedem solcher Verträge stecke.[246])

Bei § 95 BGB. kommt es auf den vorübergehenden Zweck an. Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck in das Gebäude eingefügt werden, können nie wesentliche Bestandteile werden. An dieser klaren Bestimmung muß die Konstruktion eines Mietvertrages scheitern. Frank[246]) beruft sich entrüstet auf die Parteivereinbarungen und die zivilrechtliche Vertragsfreiheit. Aber gerade bei Berücksichtigung der Parteivereinbarungen muß sich das Gegenteil ergeben, denn die Parteien wollen, daß die Verbindung eine dauernde sein soll. Ist sie es einmal nicht, so liegt ein Ausnahmefall vor. Man ist oft genug bereit, von einer Vergewaltigung des Parteiwillens zu sprechen. Hier liegt sie in der Tat vor, denn an den Abschluß eines Mietvertrages haben die Parteien nie gedacht. Krückmann muß zu einem falschen Ergebnis kommen, da er einseitig nur die objektive Seite berücksichtigt und da er, wenn er einmal auf die subjektive Seite hinweist, dem Parteiwillen nie Gewolltes unterschiebt.[247]) Mit Recht wird darauf verwiesen, daß diesen Behelfen vor allem die zwingenden Bestimmungen des BGB. entgegenstehen.[248]) Jede abweichende Vereinbarung muß unbedingt gemäß § 134 bezw. auch § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sein.

Neumann[249]) hat nun versucht, mit dem Begriff der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB. zu operieren. Die wesentliche Bestandteilseigenschaft würde in diesem Fall nach § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB. ausgeschlossen sein. § 1090 BGB. verlangt, daß der Berechtigte das Recht haben müsse, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen. Nach Neumann soll nun der Lieferant, der eine Maschine oder sonstige Anlange auf Grund der ihm vorher bestellten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit mit dem Grundstück verbindet, das Grundstück tatsächlich dadurch benutzen, daß er auf ihm die ihm eigentümlich gehörende Anlage hält. Im übrigen lassen gerade die von Neumann für die

---

[245]) a.a.O., S. 43 ff.

[246]) Auch Frank nimmt einen derartigen Mietvertrag an. a.a.O., S. 5.

[247]) Diese Konstruktion Krückmann's lehnt auch v. Staudinger (a.a.O.) ab, der weiter Oertmann „Recht" 1906, S. 1114 ff. und die RGE. Bd. 62, S. 410 und Bd. 63, S. 421 ff. anführt. Ferner Bierhaus a.a.O., S. 34, sowie Neumann, J.W. 1907, S. 98.

[248]) Vgl. die Schrift der Redaktion des „Vulkan", S. 8. Auch Oertmann mann a.a.O., Anm. 6 zu § 94 BGB. Ferner Anthes a.a.O., S. 46.

[249]) a.a.O., S. 98 f.

beschränkte persönliche Dienstbarkeit angeführten Tatsachen erkennen, daß die Konstruktion bezüglich der gelieferten Maschinen verfehlt ist. Das Gesetz verlangt in keineswegs mißzuverstehender Weise eine Benutzung des Grundstücks durch den Berechtigten. Das Halten der ihm eigentümlich gehörenden Anlage ist aber noch keine Benutzung. Diese läge erst vor, wenn z. B. die Maschine ganz oder teilweise zum unmittelbaren Nutzen des Berechtigten in Tätigkeit wäre, wenn also beispielsweise die vom Berechtigten A auf dem Grundstück des B aufgestellte Lichtmaschine dem A Licht lieferte.

Deshalb haben sich mit Recht Nißen und Zelter gegen Neumann erklärt.[250]) Nißen sagt zutreffend, daß Gegenstand der Abrede, wolle man dem Willen der Beteiligten nicht Zwang antun, immer nur das Werk selbst sein werde, nicht auch der Boden, auf dem es stehe und auf dessen Benutzung die Abfindung des Eigentümers an den Berechtigten sich sicherlich nicht auch beziehen werde. Aehnlich äußert sich Zelter, der unter anderem ausführt, die Belastung der Dienstbarkeit zum Zwecke der Erhaltung des Eigentums sei keine Grundstücksbelastung, weil kein Recht am Grundstück geschaffen, sondern ein Recht am Mobile gesichert werden solle.

Diese berechtigten, unbedingt zur Ablehnung der Neumannschen Auffassung führenden Bedenken vermag Neumann auch nicht mit seiner Replik[251]) aus der Welt zu schaffen. Tatsächlich geht die Dienstbarkeit eben nicht auf Benutzung des Grundstücks. Das Halten eines dem Berechtigten gehörenden Werkes auf dem Grundstück kann nie unter den Begriff der „Benutzung" im Sinne des § 1090 BGB. fallen. Der Fehler der Neumann'schen Replik liegt aber vor allem darin, daß Neumann sagt, ob und von wem das Werk benutzt werde, sei gleichgültig. Grunddienstbarkeit und beschränkte persönliche Dienstbarkeit dürfen nicht verwechselt werden. Die letztere steht einer individuell bestimmten Person zu und zwar lediglich dem, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt.[252]) Bei der Neumann'schen Konstruktion steht das Recht in Wahrheit aber nicht dem Lieferanten, sondern dem Fabrikbesitzer zu. Folglich muß diese Konstruktion als im Widerspruch zum positiven Recht stehend abgelehnt werden.

Ebenso verfehlt ist auch die Annahme eines Erbbaurechtes. Maßgebend ist jetzt die Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. Januar 1919, durch die die §§ 1012-1017 BGB. aufgehoben worden sind. § 1 dieser Verordnung spricht von dem veräußerlichen und vererblichen Recht auf oder unter der Oberfläche des belasteten Grundstücks ein Bauwerk zu haben. Auch hier versucht man nun, etwas hineinzuinterpretieren, was zu der klaren

---

[250]) J.W. 1907, S. 194 ff. Gegen Neumann auch Wolff, II, 1 § 112, I, 1, Anm. 6 (Marburg 1923). Auch Anthes a.a.O., S. 47.

[251]) J.W. 1907, S. 196 ff.

[252]) Vgl. auch Wolff, II, 1 § 112.

Gesetzesbestimmung in direktem Widerspruch steht. Das Gesetz spricht von Bauwerk. Das Recht kann unzweifelhaft nur auf Halten eines ganzen Bauwerkes gehen. „Bauwerk ist jede bauliche Anlage, die sich als ein selbständiges Ganzes darstellt: Gebäude, Brücke, Damm, Mauer usw.; kein Bauwerk ist eine Maschine."[253]) Staudinger[254]) führt überzeugend aus: „Dieser Versuch enthält aber, abgesehen davon, daß er den wirtschaftlich-politischen Zweck des Erbbaurechtes völlig verkennt, eine petitio principii; das Erbbaurecht würde voraussetzen, daß die Maschine selbst Bauwerk und nicht bloß Bestandteil eines anderen Bauwerkes ist; ob das der Fall ist, ist eben die Frage, die nur nach § 93, 94 BGB. entschieden werden kann."

Zu erwägen ist auch das Bedenken, das Nißen aufwirft, wenn er sagt, es sei immerhin zweifelhaft, „ob die Einräumung eines solchen Rechtes für einen verhältnismäßig so kurzen Zeitraum, wie ihn der Verkäufer für die Abzahlung des Kaufpreises zu bewilligen pflegt, nicht denjenigen Zwecken widerstreitet, für welche es vom Gesetz eingeführt ist, und daher zulässig sei"[255]).

Zum Schluß sei noch kurz auf die von Krückmann aufgestellte Theorie eines Reichsgewohnheitsrechtes eingegangen. Auch diese ist abzulehnen. Wohl mag in der Frage der Bestandteilseigenschaft der Maschinen eine dauernde, gleichförmige und allgemeine Uebung vorliegen. Ferner sei zugegeben, daß oft die „opinio necessitatis" vorhanden sein wird. Deswegen liegt aber noch keine verbindliche Rechtsnorm vor, solange die Gerichte sich in ständiger Rechtssprechung ablehnend verhalten. Gerade die Gerichte sind vor allem Pflegstätten des Gewohnheitsrechtes. Keineswegs kann aus einer allgemeinen Verbreitung einer Sitte ohne weiteres auf ein gültiges Gewohnheitsrecht geschlossen werden; anderenfalls kämen wir dahin, eine in bestimmten Gegenden ständig gepflegte und stillschweigend geduldete Unsitte auch als Gewohnheitsrecht zu bezeichnen[256]).

---

[253]) Mit dieser durchaus zutreffenden Begründung lehnt Wolff a.a.O § 104, II, 1 die Konstruktion eines Erbbaurechtes im vorliegenden Falle ab Vgl. Anm. 8: dafür Neumann a.a.O.; Dennler, im Zentralbl. f. freiwill. Gerichtsbarkeit 8, S. 237 f. Gegen Neumann Nissen a.a.O.

[254]) a.a.O., Anm. 6, a zu § 93, γ.

[255]) a.a.O., S. 195 (2).

[256]) Zustimmend Bierhaus a.a.O., S. 39 f.

Anhang.

Das österreichische Recht und der Eigentumsvorbehalt an Maschinen.

Was den Eigentumsvorbehalt des österreichischen Rechtes ganz allgemein anbetrifft, so ist er im § 1063 ABGB. geregelt worden: „Wird die Sache dem Käufer von dem Verkäufer, ohne das Kaufgeld zu erhalten, übergeben, so ist die Sache auf Borg verkauft, und das Eigentum derselben geht gleich auf den Käufer über." Daneben gilt für die Ratengeschäfte das Gesetz vom 27. April 1896. (R.G.Bl. Nr. 70).

Der eigentliche Eigentumsvorbehalt, der sich häufig beim Borgkauf und Ratengeschäft findet, muß besonders vereinbart werden[257]). Bemerkenswert ist hier also, daß nach § 1063 ABGB, bei dem sogenannten Borgkauf, das Eigentum trotz Nichtzahlung des Kaufpreises auf den Käufer übergeht, wenn nicht entsprechende Parteivereinbarungen entgegenstehen. Im übrigen entspricht die Behandlung des Eigentumsvorbehaltes dem deutschen Recht, insbesondere geht auch die Gefahr mit der Uebergabe der Sache auf den Käufer über[258]). Beachtlich ist vor allem, daß der Käufer die Möglichkeit hat, die Sache trotz des vereinbarten Eigentumsvorbehaltes zum „Zubehör" eines ihm gehörenden Grundstückes zu machen und dadurch das Eigentum zu erlangen. Allerdings kann hier § 297a ABGB. hindernd eingreifen, wenigstens mit Bezug auf Maschinen. Dieser Paragraph, der erst im Jahre 1916 auf Grund des § 10 der 3. Teilnovelle zum ABGB. in das österreichische Gesetzbuch eingefügt worden ist, hat eine grundlegende Bedeutung, da er in der Frage des Eigentumsvorbehaltes an Maschinen eine Aenderung von außerordentlich weitgehender praktischer Auswirkung gebracht hat. § 297a bestimmt nämlich, daß die unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Maschine dann nicht „Zubehör" (nach

[257]) Vgl. Pfaff-Krainz-Ehrenzweig, System des allgemeinen österreichischen Privatrechts, Wien 1920, II. Bd. 1. Hälfte, § 364, III und die dort angeführte Literatur.

[258]) Ehrenzweig a.a.O., ferner IV. — Einen entgegengesetzten Standpunkt nimmt aber die österreichische Rechtsprechung ein. Vgl. Ehrenzweig, Anm. 30.

deutschem Recht also nicht „wesentlicher Bestandteil") wird, wenn eine entsprechende Anmerkung im Grundbuch erfolgt.

Zunächst bedürfen einige Begriffe der Erläuterung. Das österreichische Recht unterscheidet wie das deutsche Recht „Bestandteile" und „Zubehör" einer Sache. Während das deutsche Recht aber „wesentliche" und „unwesentliche" Bestandteile unterscheidet, wählt das österreichische Recht die Terminologie „selbständige" und „unselbständige" Bestandteile. Es wird kaum zu bestreiten sein, daß die österreichische Unterscheidung sinngemäßer ist[259]). Dieser Wortbezeichnung entsprechend können unselbständige Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein[260]). Daneben gibt es nun auch noch den Begriff des „Zubehörs" oder wie das ABGB. sagt: des „Zugehörs", vgl. § 294. Hierzu gehört nicht nur dasjenige, „was mit einer Sache in fortdauernde Verbindung gebracht wird," sondern auch der „Zuwachs" einer Sache und die „Nebensachen".

Man könnte aus der Fassung des Gesetzes den Schluß ziehen, daß unter den Begriff des Zubehörs auch die Bestandteile fallen. Das ist in dieser Allgemeinheit unrichtig. Falsch ist aber auch die Gegenansicht, als fielen nun überhaupt keine Bestandteile hierunter. Nicht ganz klar drückt sich hier Ehrenzweig aus[261]). Mit Recht folgert er zunächst aus § 1047 ABGB., daß das Gesetz die Begriffe „Zubehör" und „Bestandteil" voneinander getrennt wissen wolle. Er stellt dann auf S. 33 Zubehör und selbständigen Bestandteil dem unselbständigen Bestandteil gegenüber. Auf S. 40 (unten) sagt er aber, daß der auch unselbständige Bestandteile umfassende Zubehörbegriff des ABGB. zu einer schwankenden Rechtsprechung geführt habe. Eine Gleichstellung des Zubehörs mit dem unselbständigen Bestandteil findet sich auch auf S. 42. Diese letzte Auffassung ist die richtige. Zubehör und unselbständiger Bestandteil auf der einen Seite ist dem selbständigen Bestandteil auf der anderen Seite nach österreichischem Recht gegenüber zu stellen. Dafür spricht vor allem auch, daß der neue § 297a sagt, die Maschinen gelten nicht als Zubehör, also gewissermaßen als unselbständiger oder wesentlicher Bestandteil, wenn die Anmerkung erfolgt ist. In diesem Fall verbleibt also bis auf weiteres das Eigentum an den Maschinen dem Lieferanten.

Praktisch wirkt sich also § 297a folgendermaßen aus: A hat dem B eine Maschine verkauft. B soll den Kaufpreis später bzw. in Raten bezahlen. Zur Sicherung des A wird für den A der Eigentumsvorbehalt vereinbart. Ist von vornherein klar, daß die Maschine selbständiger Bestandteil bleiben wird, so ist A ohne weiteres gesichert, wird die Maschine aber unselbständiger Bestandteil bzw. Zubehör, so muß A den Eigentumsvorbehalt als Anmerkung im Grundbuch eintragen lassen. Hat B den restlichen

---

[259]) Vgl. Ehrenzweig a.a.O., I. Bd., 2. Hälfte, § 164 (Anm. 3), Wien 1923.
[260]) Vgl. auch § 415 ABGB.
[261]) Vgl. seine Ausführungen im § 165 (S. 32 ff.).

Kaufpreis gezahlt, so ist A zur Löschung der Anmerkung verpflichtet.

Die Anmerkung verliert in jedem Fall fünf Jahre nach erfolgter Eintragung ihre Wirkung, „weil innerhalb dieser Frist der Kaufpreis beglichen sein kann und soll"[262]).

Erwähnt sei noch, daß auch für den Schutz älterer Hypothekargläubiger gesorgt worden ist. Diese könnten dadurch benachteiligt werden, daß Maschinen, die ihrem Pfandrecht unterliegen, entfernt und an ihre Stelle neue Maschinen gebracht werden, deren Eigentum sich der Lieferant durch die erwähnte Anmerkung gesichert hat. Hier bestimmt zweckmäßig § 297a: „Werden sie als Ersatz anstelle solcher Maschinen angebracht, die als Zugehör anzusehen waren, so ist zu dieser Anmerkung auch die Zustimmung der früher eingetragenen bücherlich Berechtigten erforderlich"[263]). Sind derartige Hypothekargläubiger vorhanden, so hat nach Ehrenzweig der Grundbuchrichter dennoch, falls er hiervon nichts weiß, die Anmerkung ohne die erforderliche Zustimmung zu bewilligen. Die Gläubiger müßten dann ihrerseits Löschung der Anmerkung beantragen.

Diese Auslegung scheint mir aber dem Zwecke der angegebenen Bestimmung als einer Schutzbestimmung und zwingenden Formvorschrift zuwiderzulaufen.

IV. Abschnitt. Strafrecht und Eigentumsvorbehalt.

§ 15.

Bestimmungen des Strafgesetzbuches, sowie § 7 des Abzahlungsgesetzes.

Die vorliegende Arbeit kann nicht beschlossen werden, ohne daß dem so bedeutenden Gebiete des Strafrechtes ebenfalls ein Platz eingeräumt worden wäre. Auch das Strafrecht wird bisweilen beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt praktisch eine Rolle spielen. Man denke z. B. an den Fall, daß B die von A unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Sache an C weiterveräußert, bevor er seinen Käuferverpflichtungen dem gegenüber voll nachgekommen ist. In diesem Fall ist also A zur Zeit der Weiterveräußerung durch B noch Eigentümer der Sache. Dieses Verhalten des B kann den Tatbestand der Unterschlagung gemäß § 246 StGB. erfüllen. § 246 verlangt, daß der Täter sich eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, rechtwidrig

---

[262]) Ehrenzweig, § 165, II, 7.

[263]) Vgl. Ehrenzweig, § 165, II, 6. Näheres bei Stradal in der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung 1916, Nr. 29.

zueignet. Der Täter muß also die Sache in Besitz oder Gewahrsam haben, darf also nicht erst fremden Gewahrsam brechen und eigenen begründen. Hierin liegt der Unterschied vom Diebstahlsdelikt. Als genügend ist es anzusehen, wenn der Gewahrsam erst im Augenblick der Unterschlagung begründet wird, wenn also z. B. A ein Geldstück findet und durch sofortige Vermischung mit seinem übrigen Gelde die Absicht zu erkennen gibt, das Geldstück für sich behalten bzw. ausgeben zu wollen[264]). Wenn auch die bloße Gewahrsamsbegründung nicht genügt, so können doch Gewahrsamsbegründung und Unterschlagung zeitlich zusammenfallen[265]). Was den Begriff des Gewahrsams anbelangt, so handelt es sich hier um ein „tatsächliches Herrschaftsverhältnis", nicht um ein Rechtsverhältnis[266]).

Nicht erforderlich ist, daß man jederzeit auf die Sache einwirken kann, entscheidend ist vielmehr, daß sie jederzeit zugänglich ist. Der Vorbehaltskäufer hat also Gewahrsam an der ihm übergebenen, aber noch im Eigentum des Verkäufers stehenden Sache.

Vollendet ist die Unterschlagung mit der nach außen in Erscheinung tretenden Zueignung der Sache, d. h. mit „einer derartigen Verfügung über die Sache, wie sie regelmäßig nur dem Eigentümer zusteht"[267]). In objektiver Beziehung wird also, wenn der Vorbehaltskäufer die Sache weiter veräußert, meist eine Unterschlagung vorliegen, es sei denn, daß ihm die Weiterveräußerung ausnahmsweise vom Verkäufer gestattet worden ist.

In subjektiver Hinsicht muß der Käufer aber auch noch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit haben. Dies wird ganz besonders dann gegeben sein, wenn er die Sache trotz entgegenstehender ausdrücklicher Vereinbarungen mit dem Verkäufer weiterverkauft.

Zweifelhat ist es aber und in abstracto nicht zu entscheiden, wenn der Käufer im gegebenen Fall die Sache nur verpfändet hat. Hier wird man eine Unterschlagung dann nicht annehmen können, wenn der Verpfänder, hier also der Vorbehaltskäufer, von vornherein bereit gewesen und auch noch bereit ist, den Gegenstand wieder einzulösen bzw. sich auch die Einlösung dem Pfandnehmer gegenüber ausdrücklich ausbedungen hat[268]). In diesem Sinne hat auch das Reichsgericht in ständiger Recht-

---

[264]) Vgl. Wachenfeld, Lehrbuch d. deutschen Strafrechtes, München 1914, § 100, I.

[265]) So R.G.R.-K.Str. (Ebermayer-Lobe-Rosenberg) 1922, Bem. 3 zu § 246. A. A. u. a. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1925, Anm. 3 zu § 246 StGB.; v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, Berlin u. Leipzig 1922, § 131, II, 2; Ohlshausen, Komm. zum StGB., II. Bd., Berlin 1916, Anm. 8, a zu § 246.

[266]) Wachenfeld, § 97, III; Frank, Bem. IV zu § 242 StGB.; v. Liszt, § 127, III.

[267]) Wachenfeld, § 100 II; vgl. auch Frank, Bem. VII, 2 zu § 242 StGB. Ferner Oohlshausen, Anm. 11 ff. zu § 246 StGB.

[268]) Vgl. Wachenfeld, § 100, III; Ohlshausen, Anm. 15 zu § 246 StGB.

sprechung entschieden[269]). Es liegt dann nur ein unbefugter Gebrauch der Sache vor. Es fehlt hier der Vorsatz, der für die nach der Begehung des Delikts eintretende Bestrafung Voraussetzung ist.

Straflosigkeit infolge Fehlens der subjektiven Momente tritt auch dann ein, wenn der Täter aus den Umständen entnehmen durfte, daß er eine Verfügung treffen könnte, die eigentlich ein Eigentumsrecht an der Sache voraussetzte. So können z. B. die an sich unklaren Parteivereinbarungen die Möglichkeit zulassen, eine Auslegung im obigen Sinne zu geben. Straflosigkeit tritt ferner ein, wenn der Verkäufer eine derartige Verfügung genehmigt oder wenn der Käufer, bevor die Weiterveräußerung zur Kenntnis des Verkäufers gelangt, durch Zahlung des restlichen Kaufpreises das Eigentum an der Sache erlangt.

Eine Strafverschärfung würde dann eintreten, wenn die Sachen „dem Täter mit der Verpflichtung zur Rückgabe oder Verwendung in bestimmter Richtung übergeben und von ihm übernommen sind." In diesem Fall wäre der Täter wegen Veruntreuung (§ 246 Abs. 1, 2. Hälfte StGB.) zu bestrafen[270]).

Versuchte Unterschlagung bzw. Veruntreuung gibt es gemäß der ausdrücklichen Vorschrift des Abs. 3. Allerdings wird hier der Versuch gegenüber dem vollendeten Delikt sehr schwer abzugrenzen sein. Wie oben erwähnt worden ist, muß die Zueignung nach außen in Erscheinung treten. Ist das aber der Fall, so wird in den meisten Fällen das Delikt bereits als vollendet anzusehen sein. Frank[271]) nimmt einen Versuch dann an, wenn die Sache zum Kauf angeboten wird. Es ist aber mit Wachenfeld[272]) zuzugeben, daß die Annahme Franks in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend ist. Es wird auch in dem bloßen Anbieten der Sache meist eine Vollendung des Deliktes liegen, da mit dem Anbieten der Sache die Zueignungsabsicht des Täters nach außen deutlich in Erscheinung tritt. Eine allgemeine Entscheidung läßt sich hier nicht geben.

Aus den bisherigen Ausführungen erhellt, daß der Vorbehaltskäufer an der ihm übergebenen, aber noch nicht zu Eigentum verschafften Sache unter keinen Umständen einen Diebstahl begehen kann. Denn zum Diebstahl gehört Bruch des fremden und Begründung des eigenen Gewahrsams. Nun könnte allerdings ein

---

[269]) RGEStr. Bd. II, S. 22 ff. (27); S. 132 f.; Bd. 24, S. 274 ff.; Bd. 26, S. 230 ff.

[270]) Vgl. v. Liszt, § 131, III, 2; Ohlshausen, Anm. 23 zu § 246 StGB.; Frank, Anm. VI zu § 246 StGB. — Hier muß allerdings die Begründung des Gewahrsams der Zueignung vorausgehen. Vgl. R.G.R.-K.Str., Bem. 6 zu § 246 StGB.

[271]) a.a.O., Anm. V zu § 246 StGB.

[272]) a.a.O., § 100, IV.

Fall des Mitgewahrsams[273]) gegeben sein, d. h. man läßt einen anderen an der Herrschaft über die Sache teilnehmen. Aber auch diese Annahme kann beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt nicht gemacht werden. Der Verkäufer will lediglich formeller Eigentümer bleiben und hat nicht die Absicht, in irgendeiner Weise noch über die verkaufte Sache zu herrschen, über sie zu verfügen. Im Gegenteil wird fast stets eine derartige Verfügung des Eigentümers (Vorbehaltsverkäufers) geradezu dem Zweck und Inhalt des Vertrages widersprechen. Zu beachten ist vor allem, daß der Begriff des Gewahrsams keineswegs identisch ist mit dem Begriff des Besitzes nach bürgerlichem Recht[274]).

Betrug gemäß § 263 StGB. könnte dann gegeben sein, wenn sich der Käufer durch irgendwelche Manipulationen den Besitz der Sache erschwindelt hätte, z. B. durch Vorlegung einer gefälschten Quittung, in der die Leistung einer Anzahlung bescheinigt wird. Es läge hier eine Vermögensbeschädigung durch Täuschung in Bereicherungsabsicht vor. Dem Vermögensvorteil auf der einen Seite würde ein Vermögensnachteil auf der anderen Seite entsprechen.

Zu erwähnen ist auch noch die Ansicht von Frank[275]), der ausführt, Hypothekengläubiger oder Konkursverwalter würden sich strafbar machen, wenn sie die dem Hypotheken- bzw. Gemeinschuldner unter Eigentumsvorbehalt verkauften Maschinen für sich in Anspruch nähmen. Sie seien Sachhehler gemäß § 259 StGB., weil sie durch die Reklamationen des Lieferanten der Maschinen jedenfalls über die wahre Rechtslage orientiert wären und deshalb den unredlichen Erwerb des Empfängers unbedingt kennen müßten. Die Strafbarkeit träte nun dann ein, wenn Hypothekengläubiger und Konkursverwalter die Maschinen auch weiterhin als geeignete Unterlagen für ihre sonstigen Rechtsbefugnisse ansähen und spätestens in diesem Augenblick ihres Vorteils wegen, nämlich zur Verbesserung der sonst vorhandenen Vermögenslage und ihrer eigenen Ansprüche, an sich brächten.

Diese Ansicht ist falsch begründet. Wohl können die erwähnten Personen im gegebenen Fall sich strafbar machen, aber nie als Sachhehler. Sachhehlerei oder Partiererei setzt stets ein Vordelikt voraus. § 259 StGB. verlangt, daß die Sache durch eine strafbare Handlung erworben worden ist, daß also in unserem Fall der Schuldner die Maschine durch eine strafbare Handlung erworben hat. Die Handlung muß in abstracto kriminell strafbar

---

[273]) v. Liszt, § 127 III (S. 446); Wachenfeld, § 97 III; Frank, Anm. IV zu § 242 StGB. (S. 480); Ohlshausen, Anm. 19 zu § 242 StGB.; R.G.R.-K., Anm. I, 3 zu § 242 StGB.

[274]) Vgl. vor allem die Ausführungen von Frank, Anm. IV zu § 242 StGB. (S. 479 f.). Frank gibt hier eine gute Gegenüberstellung der beiden Begriffe.

[275]) Alfons Frank (nicht zu verwechseln mit dem bisher zitierten Reinhard Frank), die Maschinenindustrie und ihre Gefährdung durch die Rechtsprechung, S. 11.

sein[276]). Durch welche strafbare Handlung soll nun wohl der Schuldner die ihm unter Eigentumsvorbehalt verkauften Maschinen erworben haben? Frank verwechselt hier zivil- und strafrechtliche Begriffe. Der Schuldner ist noch nicht Eigentümer geworden und kann unter Umständen auch den ihm verschafften Besitz wieder verlieren, aber daraus, daß ein anderer noch Eigentümer der Sachen ist, kann doch unmöglich gefolgert werden, daß der Schuldner sie unredlich erworben hat. Es kann hier höchstens, falls die erwähnten Personen Gewahrsam an den Sachen haben, eine Unterschlagung vorliegen.

Der Vollständigkeit halber sei auch noch auf die Strafbestimmung des § 7 des Abzahlungsgesetzes eingegangen. Dieser lautet: „Wer Lotterielose, Inhaberpapiere mit Prämien (Gesetz vom 8. Juni 1871) oder Bezugs- oder Anteilscheine auf solche Lose oder Inhaberpapiere gegen Teilzahlungen verkauft oder durch sonstige auf die gleichen Zwecke abzielende Verträge veräußert, wird mit Geldstrafe bis zu 500 M. bestraft."

„Es begründet keinen Unterschied, ob die Uebergabe des Papiers vor oder nach der Zahlung des Preises erfolgt."

Hier bedürfen noch etliche Punkte einer näheren Erläuterung. Was zunächst die Motive anbelangt, die zu dieser Bestimmung geführt haben, so wollte man hierdurch verhindern, daß dem geschäftlich unerfahrenen Publikum durch ein derartiges Ratenlosgeschäft ein besonderer Anreiz zum Spiel gegeben würde[277]). Gemäß der das Abzahlungsgesetz beherrschenden und im § 8 verankerten Anschauung, der Vollkaufmann, also der in das Handelsregister eingetragene Kaufmann bedürfe keines besonderen Schutzes gegen Uebervorteilung, findet auch die Strafbestimmung des § 7 auf Vollkaufleute keine Anwendung (vgl. auch S. 42 der Arbeit). Täter ist jeder, der Lose auf Abzahlung verkauft. Gewerbsmäßigkeit verlangt das Gesetz nicht. Ein Vermittler kann Gehilfe sein, bzw. auch, wenn er völlig selbständig handelt, Alleintäter, wobei dann, wenn er im Auftrage des Verkäufers handelt, dieser als Anstifter zu bestrafen sein wird[278]). Da das Gesetz sich lediglich gegen den Veräußerer richtet, so kann eine Bestrafung des Käufers in keinem Fall eintreten. Bezüglich des Begriffes der „Lotterielose" ist zu beachten, daß der § 7, obwohl an und für sich ein Lotterievertrag, wenn die Lotterie staatlich genehmigt ist, gemäß § 763 BGB. verbindlich ist, keinen Unterschied zwischen Staats- und Privatlotterien, zwischen zugelassenen und nicht zugelassenen Lotterien macht[279]).

---

[276]) Vgl. Wachenfeld, § 106 III (Anm. 1); Frank, Anm. III zu § 259 StGB. (Sachhehlerei muß in einem Akzessorietätsverhältnisse zur Vortat stehen).

[277]) Vgl. Stenglein, Komm. zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs, Berlin 1911, I. Bd., Bem. 1 zu § 7. Aubele a.a.O., Bem. 1 zu § 7; Samter a.a.O., Anm. 6; Stier-Somlo-Elster a.a.O., S. 51 f.

[278]) Vgl. Stenglein, Anm. 3; Aubele, Bem. 2.

[279]) Vgl. Aubele, Bem. 3; Stenglein, Anm. 5.

Der Begriff der Teilzahlung liegt vor, wenn der Kaufpreis in mindestens zwei aufeinanderfolgenden Raten zu entrichten ist. Stenglein[280]) sagt: „Dem § 7 unterfällt jeder Veräußerungsvertrag, der die Möglichkeit bietet, den sofortigen und dauernden Genuß des Loses in der Weise zu erlangen, daß das Entgelt nach und nach abgetragen wird."

Eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln gibt Abs. 2, wenn er bestimmt, daß ein gültiger und somit zu bestrafender Losverkauf auf Raten auch dann vorliegt, wenn die Uebergabe des Papieres nicht sofort erfolgt.

Bestritten ist nun die zivilrechtliche Behandlung derartiger Geschäfte. Stenglein[281]) sagt: „Ratengeschäfte der im § 7 mit Strafe bedrohten Art sind nichtig." Für die Beurteilung dieser Frage können die §§ 134, 135 BGB. in Betracht kommen. Von diesen muß § 135 BGB. ausscheiden, da er ein gesetzliches Veräußerungsverbot behandelt, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt. § 7 des Abzahlungsgesetzes bezweckt aber den Schutz der Allgemeinheit, denn Ausschluß der Vollkaufleute bedeutet noch nicht Beschränkung auf einen bestimmten Personenkreis. Nach § 134 BGB. ist ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßendes Rechtsgeschäft dann nicht nichtig, wenn sich aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Die Fassung des § 7, der übrigens materielles Strafrecht und nicht nur eine gewerbepolizeiliche Vorschrift ist[282]), läßt nach Stier-Somlo-Elster nicht den Schluß zu, daß derartige Verträge zivilrechtlich voll gültig sein sollen. Das trifft nicht zu.

§ 7 richtet sich nur gegen den Veräußerer und bezweckt Schutz der Allgemeinheit ebenso wie des einzelnen Käufers. Das Gesetz will nur einem gefährlichen Anreiz zur Spiellust entgegentreten, nicht aber dem einmal im Einzelfall abgeschlossenen Geschäft die Gültigkeit versagen, denn hieran hat die Rechtsordnung keinerlei Interesse. Mit Schmitt[283]) ist zu sagen, daß der Veräußerer sich nicht auf die Verbotswidrigkeit berufen kann, wohl aber der vom Gesetz geschützte Käufer[284]). Es sind deshalb derartige Geschäfte, falls sich nicht der Käufer auf die Verbotswidrigkeit beruft, voll gültig und müssen erfüllt werden[285]).

---

[280]) a.a.O., Anm. 6.

[281]) Anm. 10.

[282]) Das letztere nimmt ohne nähere Begründung Lazarus a.a.O., S. 130 f. an und kommt infolgedessen zu einem an sich zwar richtigen, aber von einer falschen Voraussetzung ausgehenden Schluß.

[283]) a.a.O., Bem. 5 zu § 7; vgl. auch RGEStr. Bd. 18, S. 219 ff.

[284]) Siehe auch noch R.G.R.-K., Bd. I, Bem. 2 zu § 134 BGB. Danach machen Verbote eines Strafgesetzes, die sich nur gegen die Handlungsweise des einen Teiles der Vertragschließenden richten, das Rechtsgeschäft nicht nichtig. Zu vergleichen §§ 253, 263, 301, 302, 288 StGB., sowie § 7 Abz.Ges., sowie RGEStr. Bd. 60, S. 275. Ebenso Lazarus a.a.O., vgl. Anm. 282 der Arbeit. A.A. außer den bereits erwähnten auch Aubele a.a.O., Bem. 11.

[285]) Erwähnt sei noch, daß zu dem Vergehen aus § 7 Betrug und Lotterievergehen gemäß § 286 StGB. in Idealkonkurrenz stehen können. Vgl. Aubele, Bem. 10.; Stengler, Anm. 9.

C. Schluß.

Werfen wir am Schlusse der Ausführungen noch einen Blick zurück, so können wir feststellen, daß in der Tat der Eigentumsvorbehalt für die Rechtspflege wie auch für die Praxis von großer Bedeutung ist und daher auch im BGB. und im Abzahlungsgesetz vom 16. Mai 1894 eine entsprechende Regelung gefunden hat. Aber gerade in der Nachkriegszeit, die bewirkte, daß der Kauf unter Eigentumsvorbehalt und das Ratengeschäft im allgemeinen geradezu in den Mittelpunkt des ganzen Wirtschaftslebens traten, ließ von neuem die Frage auftauchen, ob der Eigentumsvorbehalt eine alle Teile befriedigende Regelung im Gesetz gefunden habe. Das muß, ganz abgesehen von den Unzuträglichkeiten, die sich auch heute noch für den Eigentumsvorbehalt an Maschinen ergeben, verneint werden. Es ist gar nicht zu bestreiten, daß durch die bisherige Reglung dieser Frage — zumal bei ihrer heutigen Bedeutsamkeit — die Rechtssicherheit im Verkehr nicht gerade gehoben worden ist.

Da man aber den Eigentumsvorbehalt nun einmal dringend benötigt, so muß hier ein Ausweg gefunden werden. Dieser Ausweg dürfte sich bald ergeben, wenn man die oben[287]) erwähnte österreichische Gesetzesbestimmung heranzieht und wenn man an die in jüngster Zeit wieder lebhaft erörterte, freilich auch ebenso umstrittene Frage der Einführung des Registerpfandrechts denkt. Diese Frage ist keineswegs neu, nur ist sie infolge der gewaltigen wirtschaftlichen Umwälzungen der Nachkriegsjahre wieder stark in den Vordergrund getreten.

Geiler streift in seiner Abhandlung: „Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliarhypothek?“[288]) kurz die Entstehung und weitere Behandlung des Problems. Schon der 15. Juristentag verhandelte über die Frage der Einführung des Registerpfandrechts. Man war damals geteilter Ansicht. Ein entschiedener Gegner der Einführung war der 22. Juristentag. Bemerkenswert ist der letzte Juristentag vor dem Kriege, der für eine Erleichterung der Anfechtung der Sicherungsübereignung und für Ausdehnung des § 805 ZPO. und des § 48 KO. auf den Sicherungseigentümer eintrat. Dagegen verfiel folgender Vorschlag mit Stimmengleichheit der Ablehnung: „Es erscheint erwägenswert, neben dem Faustpfand ein Registerpfand an Mobilien zuzulassen und die Siche-

[287]) Vgl. S. 71 ff. der Arbeit.

[288]) L. Z. 1921, S. 543 ff. Vgl. auch Anm. 13 a (S. 10 der Arbeit), ferner bezüglich des Pfandrechts an Schiffen die §§ 1260 ff. BGB. Aehnlich liegen die Verhältnisse bei der Viehpfändung, die gem. Art. 89 EG. z. BGB. der landesrechtlichen Reglung vorbehalten geblieben ist.

rungsübereignung mit Besitzvorbehalt zu verbieten. Die Schwierigkeiten hinsichtlich der Gestaltung im einzelnen sind jedoch bislang nicht gelöst"[289]).

Inzwischen ist nun von dem Abgeordneten Keinath und Genossen ein diesbezüglicher Gesetzentwurf vorgelegt worden. Die Meinungen sind geteilt. Dem Entwurf — und somit der Einführung des Registerpfandrechts überhaupt — stehen sicher so viele Freunde zur Seite wie Feinde entgegen.

Und doch ist das Registerpfandrecht zweifellos geeignet, die bestehenden Mißstände zu beseitigen. Andere Länder sind uns hier bereits mit gutem Beispiel vorangegangen, so England, Frankreich[290]), die Schweiz, Dänemark und neuerdings auch Belgien, Schweden und Norwegen. Mit durchaus zutreffender Begründung setzt sich Salinger[291]) für die Einführung des Registerpfandrechts ein. Auch Hachenburg[292]) befürwortet den diesbezüglichen, dem Reichstag bereits vorliegenden Gesetzentwurf. Freilich ist dieser etwas zu eng gefaßt. Der Mobiliarhypothek — und eine solche würde ja durch Einführung des Registerpfandrechts geschaffen werden — müßten natürlich, wie schon der Name andeutet, alle beweglichen Sachen unterliegen und nicht nur, wie es der Entwurf vorsieht, solche, die zu einem landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen, gärtnerischen oder gewerblichen Betriebsvermögen gehören. Dehnt man das Registerpfandrecht auf alle beweglichen Sachen aus und verbietet gleichzeitig die in starkem Maße zu Verschleierungen Anlaß gebende Sicherungsübereignung, so bedarf man des für dritte Gläubiger nachteiligen Eigentumsvorbehaltes nicht mehr, da man ja einen vollwertigen, ja sogar noch besseren Ersatz hat.

Hiermit wäre auch das schwerste Bedenken, das Bernstein[293]) gegen das Registerpfandrecht anführt, beseitigt. Alles andere ist lediglich eine Formfrage, die in befriedigender Weise zu lösen stets möglich sein wird. Keinen Sinn hätte jedenfalls die Einführung eines Handelsbuches, das vom Schuldner zu führen wäre, und in das er Sicherungsübereignungen und dgl. einzutragen hätte. Hier greifen durchaus die von Salinger[294]) angeführten praktischen Bedenken Platz. Der Darlehnsgeber wird sich ein derartiges Buch vorlegen lassen, denn er wird vom Kreditbedürftigen aufgesucht,

[289]) Zu erwähnen ist auch das Gutachten der Aeltesten der Kaufmannschaft von Berlin v. 15. Juni 1911 betreffend „Die Sicherungsübereignung von Warenlagern", abgedruckt in L. Z. 1912, S. 97 ff. Hier heißt es im einleitenden Satz: „Den Ausgangspunkt für den Wunsch zahlreicher Handelsvertretungen nach einer Registerpflicht für Sicherungsübereignungen bildet im wesentlichen der Umstand, daß sich in den letzten Jahren die Sicherungsübereignungen auch auf ganze Warenlager erstreckt haben."

[290]) Vgl. hierzu die Ausführungen von Schauer in der L. Z. 1911, S. 46.

[291]) D.J.Z. 1926, S. 633 ff.

[292]) D.J.Z. 1926, S. 425 f.

[293]) D.J.Z. 1926, S. 735 ff.

[294]) A.a.O., S. 635 f.

nicht so der Verkäufer, der heute nur schwer Geschäfte abschließen kann und der deshalb alles vermeiden wird, was den Käufer, mag er auch wirtschaftlich schwach sein, verletzen könnte. Der Eintragung wird sich der Käufer als einem üblichen[295]), sein geschäftliches Ansehen keineswegs schmälernden Rechtsakt unterwerfen, bei der verlangten Vorlegung des Handelsbuches wird er aber stets das kränkende Gefühl haben, daß man ihm als Geschäftsmann und vielleicht auch als Privatmann mißtraue[296]).

Einzelne Schwierigkeiten technischer Art, die die Einführung des Registerpfandrechts natürlich mit sich bringt, insbesondere die praktische Durchführung, werden ohne weiteres zu lösen sein. Freilich darf die Tätigkeit des Registerbeamten nicht eine rein schematische sein. Bernstein hat sehr recht, wenn er dieses wichtige Bedenken hervorhebt. Läßt man bereits mit dem Niederlegen des zwischen den Parteien geschlossenen Pfandvertrages das Pfandrecht rechtswirksam entstehen, hat also die spätere Eintragung in das Register lediglich deklaratorischen Charakter, so sind wir nicht viel weiter gekommen, denn in der Zwischenzeit wäre ein dritter Gläubiger ja nicht geschützt. Dem muß dadurch abgeholfen werden, daß eben doch ein etwas schwerfälligerer Apparat konstruiert wird, d. h. die Tätigkeit des Registerrichters muß konstitutive Wirkungen auslösen. Lieber doch einen etwas schwerfälligen Apparat als eine halbe Sache. In keinem Fall ist dieser Apparat aber so schwerfällig, daß dadurch die Beweglichkeit des Verkehrs in nennenswerter Weise gehemmt würde. Hat sich der Apparat erst eingearbeitet, ist das neue Rechtsinstitut dem breiten Publikum erst zur Gewohnheit geworden, so wird sich der Verkehr ungehindert vollziehen. Zu beachten ist auch, daß die früher oder später wieder erstarkende deutsche Wirtschaft von selbst dafür Sorge tragen wird, daß die übermäßigen Kreditgeschäfte auf ein normales Maß zurückgeführt werden. Hierdurch wird dann auch das Registerpfandrecht in die entsprechenden Bahnen gelenkt werden. Eine eventuelle Vermehrung des Beamtenapparates könnte durch eine zu erhebende Eintragungsgebühr ausgeglichen werden. Diese könnte der Schuldner tragen, müßte dafür aber von jedem Aufschlag zu dem kreditierten Kaufpreis befreit werden bzw. müßte eine entsprechende Ermäßigung dieses Aufschlages beanspruchen können, denn der Gläubiger würde ja durch das Registerpfandrecht ebenfalls einen nicht zu unterschätzenden Vorteil erlangen. So möchte ich durchaus mit Salinger aussprechen, daß es in der Tat ein beachtliches Argument gegen das Registerpfandrecht nicht gibt, und daß in jedem Fall seine Vorteile überwiegen.

Erwähnt sei hier noch, daß Geiler[297]), der zwar die Unzulänglichkeit des Faustpfandes als einziger Rechtsform der Mobi-

[295]) Denn einmal eingeführt, wird sich dieses Institut sehr schnell einbürgern.

[296]) Diese Bedenken müssen die wenigen Vorteile, die Bernstein S. 736 anführt, überwiegen.

[297]) A.a.O.

liarbeleihung anerkennt, doch eine Mobiliarhypothek ablehnt, da durch sie spätere Gläubiger des Verpfänders nicht geschützt würden. Dieses Bedenken beseitigt die oben erwähnte konstitutive Wirkung der Registereintragung.

Auch Meyerstein[298]) nimmt gegen das Registerpfandrecht Stellung. Auch er führt zunächst dasselbe, bereits zurückgewiesene Bedenken an. Nicht durchgreifend ist aber vor allem seine Einwendung, die modernen Geschäfte trügen alle den Stempel äußerster Eile, und so sei keine Zeit zur Registereinsicht vorhanden. Hierauf Rücksicht zu nehmen, kann nicht Sache des Gesetzgebers sein. Für den ihm gewährten großen Vorteil absoluter Sicherheit wird der Gläubiger wohl auch ein kleines Opfer an Zeit bringen können.

Keineswegs bedeutet aber, wie Meyerstein annimmt, die Einführung des Registerpfandrechts eine mittelstandsfeindliche Maßnahme. Wer nicht übermäßig belastet ist, wird gerade nach der Einführung des erörterten Institutes den gewünschten Kredit erhalten, alle anderen aber zu schützen, liegt kein Anlaß vor, denn der unsinnigen, uferlosen Kreditwirtschaft, wie sie heute leider in starkem Maße vorhanden ist, muß entschieden entgegengetreten werden.

Einen Buchführungszwang habe ich bereits weiter oben abgelehnt, zumal dieser nach Meyerstein nur deklatorische Bedeutung haben und gerade auf die unter Eigentumsvorbehalt abgeschlossenen Verkäufe nicht ausgedehnt werden soll[299]).

Will man nun aber nicht so weit gehen, so sollte man wenigstens den Eigentumsvorbehalt allein in befriedigender Weise regeln. Hier könnte das österreichische Recht zum Vorbild dienen. Es müßte eine Registrierung aller Sachen, also nicht nur der Maschinen, erfolgen, die unter Vorbehalt des Eigentums des Verkäufers verkauft werden. Auch dieses beschränkte Register würde schon viele Uebelstände beseitigen. Unüberwindliche Schwierigkeiten rechtlicher oder technischer Art stehen diesem Verfahren ebenfalls nicht im Wege. Stattete man diese Eintragung noch mit öffentlichem Glauben aus, so wäre allen Parteien geholfen. Der Verkäufer wäre seines Eigentums sicher, der Käufer eines festen Kredites, und jeder dritte Gläubiger wüßte stets, welche Gegenstände seinem Pfandrecht unterliegen[300]).

---

[298]) J.W. 1926, S. 529 f.

[299]) Vgl. auch die Literaturangaben bei Staudinger, III. Band, 1. Teil, 9. Aufl. 1926, Bem. VIII, 2 zu § 929 BGB., Wolff, II. Band, 1. Abtlg. 5. Bearb. 1923, § 163 Anm. 14

[300]) Vgl. auch den Artikel von Biesenbach, „Der Eigentumsvorbehalt beim Abzahlungsgeschäft", im „Recht und Handel", Monatsschrift aus der Praxis für Handel, Industrie und Verkehr, herausgegeben von Baum, München.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 5

I. Abschnitt. Bedeutung, geschichtliche Entwicklung und Geltung des Eigentumsvorbehaltes nach § 455 BGB. und dem Abzahlungsgesetz

§ 1. Begriff, Wesen und Bedeutung des Eigentumsvorbehaltes 6

§ 2. Geschichtliche Entwicklung 9

§ 3. Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt nach dem BGB. 15

§ 4. Die Wirkungen während des Schwebezustandes, insbesondere das Anwartsrecht des Käufers 20

§ 5. Das Besitzrecht des Käufers während der Pendenz 25

§ 6. Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt 28

§ 7. Die Gefahrtragung 33

§ 8. Das Ende der Pendenz 35

§ 9. Der Abzahlungskauf nach dem Reichsgesetz vom 16. Mai 1894 41

II. Abschnitt. Zivilprozeßrechtliche und konkursrechtliche Bestimmungen

§ 10. Die Pfändung eigener Sachen durch den Vorbehaltsverkäufer 48

§ 11. Eigentumsvorbehalt und Vermieterpfandrecht 52

§ 12. Der Eigentumsvorbehalt im Konkurse des Käufers 56

III. Abschnitt. Die Bedeutung des Bestandteilbegriffes für den Eigentumsvorbehalt

§ 13. Der Eigentumsvorbehalt an Maschinen 61

§ 14. Hilfskonstruktionen mit Einschluß der österreichischen Gesetzesbestimmungen 67

IV. Abschnitt. Strafrecht und Eigentumsvorbehalt

§ 15. Bestimmungen des Strafgesetzbuches, sowie § 7 des Abzahlungsgesetzes 73

Schluß, insbesondere das Registerpfandrecht 79

Lebenslauf.

Ich wurde am 28. September 1904 als Sohn des Kaufmannes, jetzigen Hotelbesitzers Carl Schubert und seiner Frau Margarete, geb. Lehming in Berlin geboren. Nach erfolgtem Umzug besuchte ich zunächst das Gymnasium in Allenstein i. Ostpr., sodann nach der Rückkehr in meine Geburtsstadt das Dorotheenstädtische Realgymnasium in Berlin. Hier bestand ich Ostern 1923 die Reifeprüfung. Ich ließ mich sofort bei der Friedrich-Wilhelms-Universität immatrikulieren, um Jura zu studieren. Nach vier Semestern siedelte ich Ostern 1925 nach Rostock i. M. über, um an der dortigen Landesuniversität meine Studien zu beenden. Ich bestand am 14. Mai 1927 die mündliche Doktorprüfung. Zum Schluß gestatte ich mir noch, meinen akademischen Lehrern, insbesondere den Rostocker Herren Professoren, für die zahlreichen Anregungen und für die mir zuteil gewordene juristische Ausbildung meinen ergebensten Dank auszusprechen.